

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 24 – Numéro 2

Année : 1993-1994

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13377>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13377>

Page vide laissée intentionnellement.

ÉLÉMENTS D'INTERPRÉTATION EN DROIT CIVIL	221
Par Charlotte LEMIEUX	
LES RAPPORTS DE FORCE ENTRE LES MAJORITÉS ET LES MINORITÉS DE LANGUE OFFICIELLE AU CANADA	255
Par Benoît PELLETIER	
LES ENJEUX DE LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE D'IDENTIFICATION PAR ADN DANS LE SYSTÈME PÉNAL CANADIEN	293
Par Marie Angèle GRIMAUD	
Chronique : Droit de la santé	
L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE ET LA « SUBJECTIVITÉ RATIONNELLE » : MARIAGE DE CONVENANCE OU MÉSALLIANCE ?	345
Par Robert P. KOURI	
Réflexion	
L'ÉTHIQUE DES PROFESSIONNELS DU DROIT	367
Par Rodolphe MORISSETTE	
Commentaires	
CANADA'S NEW IMMIGRATION ACT : AN AFFRONT TO THE CHARTER AND CANADA'S COLLECTIVE CONSCIENCE ?	385
Par Mark Anthony DRUMBL	
CROWNING GLORY : LIABILITY IN NEGLIGENCE OF PUBLIC AUTHORITIES REVISITED.....	435
Par Peter BOWAL Lynn BOLAND	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : ÉLÉMENTS D'INTERPRÉTATION EN DROIT CIVIL

Auteur(s) : Charlotte LEMIEUX

Revue : *RDUS*, 1993-1994, volume 24, numéro 2

Pages : 221-253

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13369>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13369>

Page vide laissée intentionnellement.

ÉLÉMENTS D'INTERPRÉTATION EN DROIT CIVIL

par Charlotte LEMIEUX*

Cet article propose une revue des méthodes, des directives et des sources d'interprétation propres au droit civil québécois. En effet, le droit civil se distingue par l'utilisation particulière qu'il fait, à partir d'une même banque, des différentes méthodes et directives d'interprétation déjà connues. Ces distinctions tiennent tant à la nature du droit civil qu'à la facture d'une codification, et peuvent être soit fondamentales, soit méthodologiques. Dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec, il ne faut donc pas les ignorer.

This article reviews the methods, rules and sources of interpretation relating to Quebec Civil Law. While the Civil Law utilizes many generally accepted interpretive methods and directives, it does so idiosyncratically. These distinctive applications, both methodological and fundamental, derive not only from the nature of the Civil Law itself but also from the process of codification. The writer insists that one should not lose sight of this fact when interpreting the new Civil Code.

1. Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	225
I - L'INTERPRÉTATION	227
A. L'interprétation	227
B. Des règles qui n'en sont pas	228
1. Caractère supplétif	228
2. Poids variable	230
C. Des directives omniprésentes	230
D. Qualification problématique	231
II - L'INTERPRÉTATION D'UN CODE	231
A. Particularité d'une codification	231
1. Le droit codifié se distingue de la <i>common law</i> et des lois statutaires fédérales	232
2. Le droit codifié se distingue des lois spéciales provinciales	233
3. Ces distinctions se traduisent dans l'interprétation	234
B. Différence dans l'interprétation d'une codification	235
1. La différence n'est pas radicale	235
2. Différences fondamentales	236
a) L'interprétation libérale	236
(1) L'interprétation des règles	236
(2) L'interprétation des exceptions	237
b) L'interprétation dynamique	239
3. Différences méthodologiques	241
a) Les arguments logiques	242
b) Les travaux préparatoires	243
III. L'INTERPRÉTATION DU NOUVEAU CODE CIVIL DU QUÉBEC	245
A. Quelques méthodes incontournables	245
1. La méthode littérale	245
2. La méthode systématique	246
3. La méthode exégétique	246

4.	Le recours aux interprétations antérieures (ou méthode des autorités)	249
B.	Les sources de l'interprétation du nouveau <i>Code</i>	250
1.	Les travaux préparatoires	250
2.	Les commentaires successifs (utilité, statut, admissibilité, valeur)	251
3.	La <i>Loi sur l'application de la réforme du Code civil</i>	252
4.	Les sources autres	252
CONCLUSION		253

*Il y a un sens des textes, ou alors il y en a
plusieurs, mais on ne peut pas soutenir qu'il n'y
en a aucun, ni que tous sont également bons.*

Umberto Eco

INTRODUCTION

Il arrive que l'interprétation d'un code réponde à des impératifs différents de l'interprétation des lois autres, lois que nous avons pris l'habitude de qualifier de «statutaires», mais qui devraient plutôt être désignées au Québec comme étant des lois spéciales, soit qu'elles dérogent au nouveau code, soit qu'elles y ajoutent¹.

Nous allons d'abord voir ce qui caractérise une codification au sens véritable du mot, et non au sens d'une simple compilation, comme le sont par exemple le *Code criminel*, le *Code de sécurité routière*, ou encore le *Code du travail*. Nous examinerons ensuite ce que l'interprétation d'une codification présente comme singularité, pour finalement identifier les sources dont nous disposons pour entreprendre l'interprétation du nouveau *Code civil du Québec*.

Nous poserons en principe, dans la poursuite de notre raisonnement civiliste, que les méthodes d'interprétation des lois, ainsi que les directives qu'elles proposent, ne sont pas inconnues². La question de savoir si les lois provinciales spéciales doivent répondre aux mêmes critères d'interprétation que les lois statutaires fédérales mériterait, à elle seule, une longue analyse que nous devons pour l'instant éluder. Mentionnons simplement que la doctrine est jusqu'ici divisée sur la question, mais que nous voyons mal qu'une loi provinciale spéciale, ayant par définition le rôle de déroger ou d'ajouter au code, puisse être systématiquement interprétée en vertu de directives régissant l'interprétation des lois fédérales.

-
1. Voir la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, qui précise que ce dernier «constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.»
 2. Voir à ce sujet l'excellent ouvrage de P.-A. Côté, *L'interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1990.

En effet, le droit provincial étant devenu indissociable du *Code civil* en vertu de sa disposition préliminaire, il nous paraît désormais invraisemblable, à supposer que cela ait déjà été vraisemblable³, que son interprétation obéisse à des directives qui sont étrangères au droit civil, même si elles en sont voisines par accident. Par accident, puisque droit civil et *common law* puisent leurs directives dans les mêmes banques législative et jurisprudentielle, mais les utilisent différemment.

Un aussi vaste sujet nous empêchera d'examiner l'éventail complet des détails techniques de l'interprétation civiliste. Nous allons donc nous consacrer à ce qui caractérise l'esprit d'une codification, et à un examen des principes utiles dans l'interprétation des nouvelles dispositions. Le nouveau code répond bien entendu aux mêmes règles d'interprétation que l'ancien. Mais comme nous l'avons mentionné, il arrive que ces règles, valides pour l'interprétation d'une codification, soient différentes, ou du moins différemment utilisées, de celles qui prévalent pour l'interprétation des lois autres. Ce sont ces différences que nous allons d'abord souligner.

Ensuite, comme une réforme modifie, ajoute, ou confirme le droit antérieur, l'interprétation d'une nouvelle codification pose des problèmes particuliers. Parmi ces nombreux problèmes, nous avons choisi d'aborder ceux qui nous paraissent fondamentaux, comme celui des sources d'interprétation pertinentes, ce qui ne signifie pas que nous aurons tout dit. Mais auparavant, quelques remarques générales sur l'interprétation, et ce que nous appelons ses règles, s'imposent.

3. Voir à ce sujet la minutieuse étude faite par le juge Mayrand de l'évolution de l'attitude des tribunaux en cette matière : A. Mayrand, «L'autorité du précédent au Québec», (1994) 28 R.J.T. 771.

I - L'INTERPRÉTATION

A. L'interprétation

L'interprétation juridique est inévitable. Elle l'est en raison de l'imperfection de la communication entre législateur, juges, et juristes. Cette imperfection vient non seulement du langage lui-même, qui peut être imprécis ou ambigu, mais aussi de l'utilisation qui est faite de ce langage, au moyen d'une grammaire qui peut être inadéquate ou d'un vocabulaire qui peut être inapproprié. Du reste, la nécessité d'interpréter ne s'impose pas seulement dans le domaine juridique : elle participe de la vie courante et constitue une activité aussi permanente qu'incontournable.

L'ambiguïté est ce qui caractérise un mot susceptible de deux ou plusieurs sens (par exemple, le mot «hôte», qui désigne à la fois la personne qui reçoit et celle qui est reçue), tandis que l'imprécision est ce qui caractérise un mot à ce point large dans ses acceptions qu'on ne peut en circonscrire le sens sans en faire une analyse contextuelle (par exemple, le mot «adéquat»).

Notons que le mot «interprétation» lui-même est ambigu. Il désigne à la fois une opération, une méthode, et un résultat⁴. Comme opération, il s'agit d'un processus de découverte du sens et de la portée d'une disposition par l'interprète, ou alors d'un processus d'argumentation par les plaideurs, ou encore d'un processus de justification de leurs jugements par les juges. Comme méthode, l'interprétation est constituée de l'ensemble des directives d'origine législative ou jurisprudentielle admises par la communauté juridique. Comme résultat, l'interprétation est l'aboutissement de l'opération reposant sur la mise en oeuvre des méthodes; ainsi dira-t-on que telle décision constitue une bonne ou une mauvaise interprétation.

C'est surtout à l'interprétation comme méthode que nous allons nous intéresser, tout en gardant à l'esprit que la méthode, en interprétation, est davantage un problème qu'une solution. Ce qui rend nécessaire les mises en garde suivantes : d'abord, il n'existe pas, à proprement parler, de règles d'interprétation au sens juridique du mot. Ce que nous qualifions de «règle»

4. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1990, p. 440.

d'interprétation n'a rien de commun avec la règle de droit : il s'agit d'une simple directive, susceptible d'être annulée par une autre directive d'un poids supérieur ou même équivalent. Ensuite, les méthodes d'interprétation sont d'un emploi et d'une utilité inconstants, ce qui rend toujours actuelle, et assez universelle, la remarque des auteurs Hart et Sacks :

*«Do not expect anybody's theory of statutory interpretation, whether it is your own or somebody else's, to be an accurate statement of what courts actually do with statutes. The hard truth of the matter is that American courts have no intelligible, generally accepted, and consistently applied theory of statutory interpretation.»*⁵

B. Des règles qui n'en sont pas

La règle de droit est obligatoire et générale : elle s'applique à un groupe d'individus (citoyens, membres d'une profession, catégorie sociale) et à un type de situations indépendamment des circonstances et des intentions de ceux qui lui sont soumis. Elle comporte une sanction de l'autorité publique⁶, et se situe au-dessus des applications qu'on peut en faire et des cas concrets qu'elle est susceptible de viser⁷. La directive d'interprétation, pour sa part, sert à interpréter la règle de droit. Elle ne constitue pas une règle de droit normatif, dont elle se distingue principalement par son caractère nécessairement supplétif, et par son poids variable.

1. Caractère supplétif

Issues de la jurisprudence ou créées par la loi, les règles interprétatives sont par leur nature même supplétives, c'est-à-dire qu'elles suppléent le silence

-
5. H.M. Hart et A.M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Harvard University, Cambridge, 1958 (tentative edition), p. 1201.
 6. Voir Mazeaud et Mazeaud, *Introduction à l'étude du droit*, t. 1, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1986, p. 14 et s.
 7. Voir R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes du droit contemporain*, Paris, Précis Dalloz, 10^e éd., 1992, aux n^{os} 69 et s.

du législateur, de la même façon que les dispositions concernant l'interprétation des contrats⁸ suppléent le silence des parties en matière contractuelle⁹.

«Elles ne s'appliquent qu'à défaut de manifestation de volonté contraire de la part des sujets de droit. La loi supplétive ne s'impose qu'à ceux qui n'ont pas usé de la faculté de régler eux-mêmes le point.»¹⁰

Dans le cas contraire toutefois, elles ont une force obligatoire, et ceux qui ne s'y sont pas soustraits y seront soumis. Si le caractère supplétif et le caractère impératif d'une loi sont en nette opposition, il n'est cependant pas impossible qu'une loi ou une disposition supplétives puissent devenir obligatoires.

Ceci vaut tant pour les règles issues de la *common law*, que pour celles contenues dans nos deux lois d'interprétation, que pour les dispositions interprétatives incluses dans les lois spéciales ou dans le *Code civil du Québec*. Elles sont supplétives parce que les sujets de droit peuvent y déroger, tacitement ou expressément, ce qui ne les empêche pas de devenir obligatoires dans le cas contraire. Notons qu'il n'est pas nécessairement difficile pour l'interprète de déceler chez le législateur une intention tacite de se soustraire aux lois d'interprétation, tant fédérale que provinciale, et d'échapper ainsi à leur force obligatoire. Or, les règles contenues dans les lois d'interprétation sont expressément supplétives en vertu des articles 1 de la *Loi d'interprétation québécoise*¹¹ et 3(1) de la *Loi d'interprétation fédérale*¹². Tout au plus pouvons-nous les qualifier de procédés, ou de directives d'interprétation. Elles sont simplement destinées à éclairer l'interprète.

8. Articles 1425 à 1432 C.c.Q.

9. Voir B. Starck et al., *Introduction au droit*, 3^e éd., Paris, Litec, 1991, p. 190, disant que loi interprétative, déclaratoire et supplétive sont synonymes et qu'elles s'opposent à la loi impérative et dispositive; voir G. Cornu, *Droit civil; Introduction. Les personnes. Les biens*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, aux n^{os} 334 et s.

10. Cornu, *ibid.*

11. *Loi d'interprétation québécoise*, L.R.Q., c. I-16.

12. *Loi d'interprétation fédérale*, S.R.C. 1970, c. I-23.

2. Poids variable

Le poids des directives d'interprétation est variable, tant objectivement que subjectivement. Variable objectivement, parce que certaines directives sont naturellement plus fortes que d'autres (la présomption de non rétroactivité, par exemple, est plus forte que celle en faveur du maintien des droits acquis). Variable subjectivement, parce que l'efficacité d'une directive dépendra de l'emploi qui en est fait, de la façon dont elle se rattache au litige, de l'opinion du juge sur la question, et de toute autre circonstance.

L'ensemble des directives d'interprétation forme donc un tissu serré de guides et d'arguments, parfois contradictoires, qu'il convient de manier avec talent et précaution. Aucune de ces règles prise isolément ne réglera le sort d'un litige. C'est le plus souvent leur addition judicieuse qui, fournissant à l'interprète des indices convergeant dans la même direction, convaincra le tribunal de retenir une des interprétations possibles. En effet la loi, «lorsqu'elle présente du doute ou de l'ambiguïté, commande au juge de l'interpréter. Cette mission oblige le juge à lire entre les lignes de la loi, mais, c'est fatal, tous n'y lisent pas la même chose»¹³.

Quant aux méthodes d'interprétation, elles servent d'abord à regrouper en catégories les règles qui, autrement, se présenteraient dans un grand désordre; elles seront rarement employées isolément.

C. Des directives omniprésentes

On trouve partout de ces fausses règles, qui peuvent avoir été élaborées soit par la jurisprudence, soit par le législateur. Dans ce dernier cas, on parlera de règles d'interprétation législatives, ou plus correctement de dispositions interprétatives.

La plupart des lois spéciales contiennent des règles d'interprétation, soit dans leur partie «définitions», soit dans d'autres dispositions isolées. Le *Code civil* lui-même, outre les articles 1425 à 1432 C.c.Q. portant sur l'interprétation des contrats, contient des dispositions interprétatives. Ainsi, le paragraphe 2 de

13. A. Mayrand, *supra*, note 3, à la p. 797.

l'article 2847 constitue une disposition interprétative. Cet article dit de la présomption que celle qui «concerne des faits présumés est simple et peut être repoussée par une preuve contraire; celle qui concerne des faits réputés est absolue et aucune preuve ne peut lui être opposée». C'est l'article 142 de la *Loi sur l'application sur la réforme du Code civil* qui fait de cet article 2847 une simple règle d'interprétation, avec comme conséquence qu'il pourra être écarté par l'expression d'une volonté contraire de la part du législateur.

Qu'une disposition soit substantive ou simplement interprétative constitue donc une différence paradigmatique. Mais ce n'est pas toujours simple de qualifier un article ou une règle d'interprétatifs.

D. Qualification problématique

Si le principe qui distingue la «règle» d'interprétation de la règle substantive est clair, le critère de distinction fait problème. Comme une disposition interprétative est nécessairement supplétive, on peut avoir intérêt à faire reconnaître son caractère interprétatif pour se soustraire à son application. Identifier ce caractère interprétatif n'est pas facile. Si la loi ou la disposition ne précisent pas elles-mêmes leur propre caractère supplétif, et que les indices sont insuffisants, il appartiendra aux tribunaux d'évaluer chaque cas à la pièce.

II - L'INTERPRÉTATION D'UN CODE

A. Particularité d'une codification

La particularité d'une codification est indissociable de la particularité du droit civil. Le *Code* diffère à la fois de la *common law* et des lois autres, et cette différence tient tant à son esprit d'unité, qu'à sa rédaction sous forme d'énoncés généraux. Ces particularités, l'une fondamentale et l'autre formelle, sont naturellement susceptibles d'entraîner des différences dans la façon d'interpréter.

1. Le droit codifié se distingue de la *common law* et des lois statutaires fédérales

Le droit civil est érigé en système à l'intérieur d'un code, qui contient le droit commun en vigueur au Québec. Ce code énonce des principes généraux, sans s'attacher à prévoir toutes les conséquences susceptibles d'en découler. Sa rédaction générale englobe ainsi le plus grand nombre de situations possibles (exemple : l'article 1457 C.c.Q.), et laisse aux tribunaux le soin d'appliquer ses dispositions aux situations qui n'ont pas été prévues¹⁴. Dans la conception civiliste du droit, la jurisprudence ne fait que compléter les principes exprimés par le législateur sous forme de codification¹⁵. En droit civil, chaque juge interprète la loi à l'aide des jugements antérieurs, mais sans être lié par ces derniers, puisque la règle du précédent n'a qu'une valeur persuasive.

Non seulement n'est-il pas lié, mais encore lui est-il interdit, en droit civil français, de rendre des arrêts de règlements, c'est-à-dire des décisions qui prétendent énoncer une règle. C'est la façon la plus sûre, selon l'esprit juridique français, de respecter la séparation des pouvoirs.

La part de l'interprétation est donc plus grande en matière de codification. Et une rédaction sous forme de généralités, sans détails encombrants, se prête naturellement à une interprétation libérale, qui n'hésite pas à étendre la portée d'une disposition. L'interprète devra, à partir des principes tracés dans le code, procéder par déduction : le raisonnement civiliste applique un principe à une situation particulière (allant donc du général au particulier).

La *common law*, au contraire, est empirique (elle se fonde sur l'expérience) et procède par induction : le raisonnement inductif tire un principe général de faits particuliers (allant donc du particulier au général). En *common law*, le droit est fabriqué par les juges et consigné dans la jurisprudence. Cette dernière est la source première du droit en *common law*. Les lois statutaires (*statute law*) n'existent que pour préciser ou déroger à la *judge-made law* : elles sont exceptionnelles. C'est pourquoi elles sont rédigées de façon remarquablement détaillée, de façon à bien remplir leur rôle de remède. À ce

14. Le C.c.Q. est toutefois beaucoup plus détaillé que ne l'était le C.c.B.C.

15. H. Mazeaud et al., *Leçons de droit civil*, Paris, Éditions Montchrestien, 1983, t. 1, p. 95.

titre, elles ont traditionnellement été interprétées de façon stricte, c'est-à-dire en évitant d'étendre leur portée, d'autant plus que les juges de *common law*, qui font le droit, ont longtemps manifesté une certaine méfiance à l'égard des lois.

En ce qui concerne l'interprétation des lois provinciales, comme nous l'avons déjà mentionné, elle s'abreuve actuellement à toutes les sources. Très confuse en raison du système mixte de droit, elle emprunte tantôt les procédés civilistes, tantôt ceux de la *common law*, et ces emprunts se font de façon imprévisible et désordonnée.

2. Le droit codifié se distingue des lois spéciales provinciales

Les lois spéciales dérogent au droit commun, ou droit codifié, dans des matières s'appliquant par exemple à certaines catégories de personnes¹⁶, à certains biens¹⁷, ou à certaines parties de territoire¹⁸. Il arrive aussi qu'elles complètent le droit commun. Pour éviter de les qualifier de statutaires et pour les opposer aux lois de *common law*, il arrive que nous les désignons sous le vocable de «lois particulières». Pourtant, comme le remarque un auteur :

*«Il est à peine besoin de noter que les lois spéciales se distinguent des "lois particulières". La loi particulière est une mesure individuelle prise sous forme de loi par le Parlement; loi au sens formel, elle ne l'est plus dans son acception matérielle, car étant une mesure particulière, elle ne présente pas le caractère de généralité qui est l'un des traits essentiels de toute règle de droit. La loi spéciale, au contraire, si elle est dite spéciale parce qu'elle n'est apte à régir qu'une série de cas déterminés, n'en possède pas moins ce caractère de généralité puisqu'elle est appelée à réglementer tous les rapports juridiques semblables qui entrent dans son domaine d'application.»*¹⁹

3. Ces distinctions se traduisent dans l'interprétation

Compte tenu de ces différences de forme et d'esprit, il est normal que l'application d'un code s'étende au-delà de sa lettre. Ce qui ne signifie pas

16. Voir la *Loi de la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

17. Voir la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1.

18. Voir la *Loi sur la protection du territoire agricole*, L.R.Q., c. P-41.1.

19. R. Gassin, «Lois spéciales et droit commun», D.S. 61, Chron. 91, à la note 2.

nécessairement, comme on l'entend parfois, que les codes illustrent le triomphe de l'esprit sur la lettre. Le texte d'un code reste primordial, et ne saurait être contredit au profit de son esprit. La formule bien connue de Saleilles exprime à la fois cette primauté du texte, et l'importance de l'esprit qui s'en dégage : «Au-delà du *Code civil*, mais par le *Code civil*»²⁰.

Quant aux lois spéciales, comme le souligne le professeur Tancelin, «[c]es lois qui ajoutent ou dérogent au *Code* ne peuvent plus être interprétées restrictivement sous prétexte qu'elles sont hors du *Code* ou y dérogent. Elles forment un «ensemble», c'est-à-dire un tout cohérent avec le *Code*»²¹. Cette conclusion, nécessaire si on veut donner beaucoup d'extension au droit du plus faible, souvent protégé par des lois spéciales qu'une interprétation restrictive rendrait moins efficace, mérite peut-être d'être questionnée. Par contre, la doctrine française mentionne que les lois spéciales, dispositions dérogatoires de droit commun, se prêteraient plus facilement à une interprétation stricte que la codification²².

Nous sommes d'avis qu'une loi qui complète le *Code* appellerait plus naturellement une interprétation libérale qu'une loi qui y déroge, laquelle pourrait recevoir, selon les circonstances, une interprétation plus stricte. La difficulté reste de déterminer quelle loi complète le *Code*, et quelle loi y déroge²³.

20. R. Saleilles, en préface à F. Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954.

21. M. Tancelin, *Sources des obligations; l'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, pp. 35-36.

22. Voir R. Gassin, *supra*, note 19, à la p. 94.

23. Ainsi pouvons-nous dire que la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (L.R.Q. c. P-39.1) complète les articles 37 et suivants du C.c.Q., tandis que nous pouvons nous interroger sur la *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q. c. P-40.1), dont certains articles peuvent déroger au *Code* pendant que certains autres peuvent le compléter.

B. Différence dans l'interprétation d'une codification**1. La différence n'est pas radicale**

Elle est subtile et nuancée, mais importante. Elle tient davantage à l'utilisation que le droit civil fait des directives, qu'à leur substance.

En effet, beaucoup de directives sont communes à l'interprétation des codes et à celle des lois autres. La différence dans la façon d'interpréter une codification ne réside pas tellement dans un corpus de règles ou de directives différentes, mais davantage dans la façon de les utiliser, particulièrement quand il s'agit de les admettre ou de les exclure, ou encore de soupeser leur valeur. Ainsi, certains procédés auront plus de poids et de pertinence dans l'interprétation d'un code (c'est le cas, notamment, du raisonnement par analogie et du recours aux travaux préparatoires), tandis que d'autres seront moins convaincants. Convaincants, car l'interprétation appartient au domaine de la persuasion, et non à celui de l'autorité.

Cependant, la Cour suprême a longtemps, dans son souci d'uniformiser le droit canadien, appliqué à notre droit des solutions issues de la *common law*. Cette identité aveugle des solutions adoptées niait la différence de nos deux systèmes juridiques²⁴. Il en a été de même en matière d'interprétation, et la doctrine québécoise s'est élevée contre l'interprétation du *Code* en vertu de règles propres au droit statutaire²⁵.

Les différences entre l'interprétation d'un code et l'interprétation des lois autres sont tantôt fondamentales, tantôt méthodologiques, parfois les deux en même temps. Nous allons survoler quelques-unes de ces différences.

24. Voir J.-L. Baudouin, «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada», (1975) 53 R. du B. Can. 715; L. Baudouin, «Conflits nés de la coexistence juridique au Canada», (1956-57) 3 McGill L.J. 51.

25. Voir L. Baudouin, «Méthode d'interprétation judiciaire du Code civil du Québec», (1950) R. du B. 397.

2. Différences fondamentales

Le code transmet, sous forme de normes abstraites, un droit de principe dont il convient de rechercher l'esprit : sa facture commandera une interprétation libérale, souple, capable d'étendre la portée d'une loi dont la nature même exige qu'elle soit étendue. De plus, le *Code* doit pouvoir traverser les époques, tenant compte au fil des ans des changements sociaux, mais sans pour autant devoir être révisé périodiquement : cette permanence exige qu'on en fasse une interprétation dynamique ou évolutive.

a) L'interprétation libérale

(1) L'interprétation des règles

L'interprétation libérale étend la portée de la disposition à interpréter : c'est celle qui permet l'extension d'une règle (par analogie, à titre d'exemple). L'interprétation stricte, ou étroite, empêche quant à elle d'étendre la portée de la disposition, et laisse très peu de liberté à l'interprète. Finalement, l'interprétation restrictive retranche à la loi, en diminuant sa portée. C'est donc à tort qu'on confond parfois ces deux dernières.

Parce qu'elles s'expriment en termes généraux et qu'elles énoncent des principes, les règles du *Code* ne devraient pas, normalement, recevoir une interprétation stricte (qui ne souffre aucune extension), et encore moins restrictive (qui retranche à la loi). En effet, le législatif crée des règles, le judiciaire des solutions. La fonction de juger est différente de la fonction législative, et les deux relèvent de pouvoirs qui doivent être maintenus séparés. Le législateur édicte la norme, qui constitue une règle générale et abstraite et ne doit en principe viser aucun cas particulier, puisque là n'est pas la fonction d'une norme; le juge, lui, doit au contraire solutionner des cas concrets, et c'est en appliquant la norme à ces cas particuliers qu'il devra le faire. La fonction du juge en droit civil est donc de dire le droit dans un cas particulier, mais non pas de le restreindre²⁶.

26. Voir R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1992, p. 27 et s.

(2) L'interprétation des exceptions

Par contre les dispositions d'exception se prêteront mieux à une interprétation stricte, c'est-à-dire qu'on évitera généralement de les étendre. Cependant, l'argument voulant que les exceptions soient d'interprétation restrictive est incorrect : une interprétation restrictive ne se contente pas de limiter la portée d'une loi, elle la réduit. Les exceptions pourront à l'occasion être interprétées restrictivement, si d'autres arguments militent en ce sens, mais ce n'est pas le principe à retenir.

C'est au nom de l'uniformité du droit que les exceptions commandent une interprétation stricte, ce qui est rendu par la maxime *exceptio est strictissimae interpretationis*. Ainsi, le droit de reprise par le propriétaire du logement loué sera interprété strictement, parce qu'il déroge au principe du maintien dans les lieux. Mais ce n'est pas toujours aussi simple.

Dans les méandres du *Code*, qui érige le droit commun en système, et exprime souvent même les exceptions en termes généraux, il peut être difficile de distinguer l'exception de la règle : «*L'exception est aussi une règle. Elle est seulement plus particulière que la règle ordinaire...*»²⁷. Pour reconnaître l'exception, il faut bien sûr maîtriser la règle, mais d'autres éléments sont susceptibles d'embrouiller la qualification.

S'il existe des exceptions qui, en raison de la rédaction nécessairement générale d'une codification, ont des allures de règles et méritent d'être circonscrites, il existe par contre des exceptions qui constituent véritablement des règles. C'est le cas de certaines dispositions qui, tout en faisant exception à une règle énoncée dans le *Code*, nous ramènent à un principe supérieur qui, lui, ne se trouve pas dans le *Code*. Ces exceptions, établies pour sauvegarder un principe supérieur absent du *Code*, en deviennent plus importantes que le principe codifié auquel elles dérogent; l'interprétation de ces exceptions doit donc se faire de façon libérale.

27. G. Cornu, *supra*, note 9, à la p. 118.

En effet certains principes, relevant parfois du sens commun et souvent exprimés sous forme d'adages²⁸, ne sont pas codifiés, bien qu'ils puissent constituer les assises du droit. Comme le soulignait la Cour suprême sous la plume de l'honorable juge Beetz : «Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité»²⁹. Par exemple, le paragraphe 406(2) C.c.Q. édicte que «l'époux... titulaire de droits qui lui confèrent l'usage de la résidence familiale ne peut... en disposer sans le consentement de son conjoint». Cette exception à la libre disposition des biens pourrait contenir une règle primordiale qui est, pour reprendre les mots de Gérard Cornu à propos d'un exemple semblable,

*«... en valeur sociale, en force juridique, la plus importante. L'interprète qui assujettirait une telle règle à une interprétation stricte serait aveugle : il ne verrait pas que sur l'exception reposent la sécurité du ménage et la sauvegarde de la valeur capitale que représente, pour le couple, le logement familial.»*³⁰

L'exception du paragraphe 2 de l'article 406 nous ramène en quelque sorte au principe supérieur, quoique non codifié, de la protection de l'unité familiale. Comme le disait Carbonnier, «les dispositions prétendues exceptionnelles peuvent parfois être comprises comme les applications fragmentaires d'un principe contraire sous-entendu»³¹.

Par ailleurs, certaines dispositions du *Code* constituent l'exception d'une exception elle-même codifiée. Si cette exception à une exception nous ramène à la règle codifiée, l'interprétation libérale redevient nécessairement de mise. Ainsi le paragraphe 2 de l'article 913 C.c.Q. apporte, dans le cas de l'air et de l'eau, une exception au paragraphe 1 prévoyant que les choses communes ne sont pas susceptibles d'appropriation. Or ce paragraphe 1 est lui-même une

28. Par exemple, la maxime *fraus omnia corrumpit*.

29. *Cie Viger c. Lauréat Giguère*, [1977] 2 R.C.S. 67, 76; voir aussi J.E.C. Brierly, «Quebec's Common Law (droits communs) : How Many Are There?» dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 109, à la p. 114; R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes du droit contemporain*, Paris, Précis Dalloz, 10^e éd., 1992, au n^o 114; *Vidéotron ltée c. Industries Microlec*, [1992] 2 R.C.S. 1065, 1080.

30. G. Cornu, *supra*, note 9, à la p. 139.

31. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 21^e éd., Paris, P.U.F., 1992, à la p. 297.

exception au principe de l'article 911 C.c.Q., rendant tout bien susceptible d'appropriation. Le paragraphe 2 de l'article 913 constitue donc une exception à l'exception du paragraphe 1 : nous ramenant au principe général de l'article 913, cette exception à une exception devrait normalement être interprétée de façon libérale.

De toute façon, chose assez méconnue, l'interprétation des exceptions d'un code n'est pas obligatoirement stricte. Il s'agit d'une directive d'interprétation parmi d'autres, que certains arguments peuvent arriver à faire succomber dans certaines circonstances. Comme nous l'enseigne la doctrine française, «il faut entrer dans la raison de la loi sans se laisser enfermer dans une vue formelle (dans le fait que cette loi est énoncée sous forme d'exception)»³².

b) L'interprétation dynamique

En raison de son caractère permanent, un code n'est pas destiné à être abrogé ou remplacé, et n'est appelé à être modifié que très exceptionnellement. De plus, la modification d'un article qui fait partie d'un système, et qui est relié à d'autres articles qui en dépendent pour former un tout cohérent, risque d'ébranler l'ensemble de la loi. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui ont amené l'entière révision du *Code*.

Cette permanence du *Code* pourrait empêcher le droit d'évoluer, si les tribunaux ne pouvaient en faire une interprétation dynamique.

Deux écoles s'affrontent à ce sujet. Les tenants de l'école dite évolutionniste (descendants de François Génys et de sa méthode de la libre recherche scientifique³³) et les nouveaux exégètes sont assis sur des positions contraires, les premiers prétendant qu'un code doit s'adapter à la société qui évolue, les seconds soutenant que c'est la volonté du législateur historique qui doit prévaloir dans son interprétation.

La méthode exégétique, qui prescrit à l'interprète de restituer coûte que coûte l'intention originelle du législateur ayant créé la loi (celle du législateur

32. G. Cornu, *supra*, note 9, à la p. 139.

33. Voir F. Génys, *Méthode d'interprétation des sources en droit privé positif*, 2 tomes, Paris, L.G.D.J., 1954.

historique), regagne des adeptes en France. Bien que cette méthode présente de nombreux avantages, on ne devrait pas systématiquement lui permettre d'invoquer le fantôme du législateur historique quand il s'agit d'interpréter une oeuvre aussi permanente, et aussi difficile à modifier, qu'une codification. Récuser l'interprétation dynamique peut s'avérer inapproprié dans le cas d'un texte appelé à vieillir. Le juge Mignault disait, en 1935 :

«On se tromperait donc étrangement si on voulait restreindre le droit... aux dispositions qui sont contenues dans le Code (...). Il suffit... qu'un code ait, soit expressément, soit implicitement, posé les principes généraux qui régissent un droit ou une obligation. C'est à tort qu'on prétend que la codification stabilise le droit. Le droit, par sa nature même, ne peut être stabilisé. Il croît toujours en s'appliquant aux circonstances qui changent sans cesse.»³⁴

Le législateur, ajoutait-il, a laissé aux tribunaux la tâche de donner au principe «tout le développement qu'il comporte»³⁵ : le travail de la jurisprudence est le meilleur commentaire du code. Elle a souvent et heureusement adopté, quand c'était nécessaire, une interprétation du *Code civil du Bas Canada* respectant l'évolution sémantique, technologique, et même sociale.

Les dispositions d'une loi vouée à la permanence doivent peut-être, avec l'écoulement du temps, recevoir une interprétation dynamique. Ce point de vue est celui du bon sens. Mais on lui reproche de présenter certains dangers, comme celui d'ouvrir trop grand la porte au rôle créateur des tribunaux, et de menacer ainsi la séparation des pouvoirs en permettant au pouvoir judiciaire d'empiéter sur le législatif.

La méthode évolutionniste, quant à elle, va jusqu'à permettre une recherche sans aucune contrainte de «la volonté probable du législateur, si celui-ci avait à régler le point. L'interprète (...) se donne pour guide l'intention hypothétique du législateur actuel.»³⁶

34. P.-B. Mignault, (1935) 1 U. of T.L.J. 105, 109.

35. *Ibid.*, à la p. 110.

36. G. Cornu, *supra*, note 9, à la p. 135.

Entre ces deux thèses extrêmes, celle des exégètes et celle des évolutionnistes, il faudra éventuellement privilégier une interprétation qui permettra au *Code* de rester un outil permanent. Comme l'ont dit les frères Mazeaud, «... un code n'arrête pas l'évolution du droit, pas plus qu'un homme n'arrête l'histoire; les codes, comme les hommes, s'inscrivent seulement dans le temps qui passe. (...) Le droit est matière vivante; il ne s'enferme pas dans des codes»³⁷.

Ce débat ne crée toutefois aucune urgence, puisque le temps est encore loin où surgira une éventuelle dichotomie entre la volonté du législateur de 1991 (date d'adoption), et la volonté qu'on pourra vouloir imputer à un législateur qui aurait évolué en même temps que la société. Nous verrons à l'usage si le nouveau code vieillira bien ou mal, s'il sera détaché de son contexte historique pour favoriser son évolution dans la permanence, ou s'il sera pour toujours confiné à l'année 1991³⁸.

Bref, c'est quand le code aura vieilli que le problème va se poser. D'ici là, la recherche de l'intention historique préconisée par les exégètes ne peut que nous servir, puisque le législateur historique est encore très actuel³⁹. L'interprète du nouveau *Code* aurait avantage à adopter temporairement, et sans la questionner pour l'instant, la méthode exégétique. Cette dernière donne suffisamment de latitude à l'interprète d'une codification encore nouvelle, tout en respectant l'esprit civiliste qui ne pourra cependant, à la longue, être réduit à la pensée d'un législateur que le temps aura éloigné.

3. Différences méthodologiques

Deux des principales différences d'ordre méthodologique entre le droit civil et la *common law* résident dans la façon de manier les arguments logiques, et dans le recours aux travaux préparatoires.

37. H. Mazeaud et al., *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 1983, t. 1, p. 74.

38. Voir R. David, *supra*, note 29, à la p. 93.

39. Voir S. Gaudet, «La doctrine et le Code civil du Québec» dans *Le nouveau Code civil. Interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1992, p. 223.

a) Les arguments logiques

Ils ont été empruntés de la logique formelle et récupérés par le système juridique. Il s'agit des arguments *a pari*, *a fortiori* et *a contrario*. Deux de ces arguments étendent la portée d'une disposition, et un troisième la limite. Quand ils ont pour effet d'étendre la portée de la loi, leur poids sera discutable en interprétation des lois dites statutaires, tandis qu'il sera déterminant dans l'interprétation d'une véritable codification. «Leur fondement est qu'une règle doit être appliquée dans toute la mesure de sa raison d'être, et seulement dans cette mesure»⁴⁰.

Ainsi en est-il de l'argument *a pari*, qui étend la portée d'une disposition. Il s'agit d'un raisonnement par analogie, supposant que le Législateur, ayant réglé expressément telle situation, a voulu régler de la même façon les situations analogues. L'argument *a fortiori* (à plus forte raison) est au même effet : il étend la portée de la loi à une situation autre que celle prévue dans la loi, et «a pour objet d'utiliser une proposition pour un objet autre que le sien parce que la raison qui la justifie s'y applique encore mieux»⁴¹.

Quant à l'argument *a contrario*, il postule que le Législateur, en réglant tel cas, a certainement voulu traiter de façon différente les hypothèses différentes. Il est d'un usage plus délicat et plus subtil en matière d'interprétation d'un code. Comme il a pour effet de limiter, voire même de restreindre la portée d'une disposition, on devrait éviter d'en abuser, par exemple en interprétant les principes *a contrario*. Puisque les règles du *Code* sont d'interprétation extensive, l'argument *a contrario*, qui est limitatif, ne devrait normalement être utilisé que pour interpréter une exception.

L'interprétation *a contrario* d'une exception sera difficilement contestable dans le cas où elle amène à la confirmation du principe lui-même : «[L]'argument *a contrario* confère effet à cette volonté d'un législateur

40. G. Cornu, *supra*, note 9, à la p. 137; voir aussi F. Ost, «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», dans Van de Kerchove, *L'interprétation en droit*, Bruxelles, 1978, à la p. 97.

41. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1989, à la p. 244.

rationnel de traiter différemment toutes les hypothèses qui ne rentrent pas dans le champ d'application de la norme déclarée exceptionnelle»⁴².

Ainsi l'analyse *a contrario* de l'exception du paragraphe 916(2) C.c.Q. nous ramènerait-elle au principe énoncé au paragraphe 1, celui du caractère prescriptible des biens, en établissant qu'on peut prescrire un bien individuel affecté à l'utilité publique. Ce qui confirme la pertinence de cet argument.

b) Les travaux préparatoires

Ils sont :

*«l'ensemble des documents relatant les diverses phases d'élaboration du texte et reproduisant le rapport du préparateur de la loi, les déclarations de ceux qui ont participé à sa discussion et à son vote, ainsi que l'exposé des motifs développant l'objectif poursuivi par la réforme. Toutes ces études, tous ces avis, présentés par ceux qui ont conçu la loi ou délibéré sur elle, permettront de découvrir la pensée du législateur.»*⁴³

Le recours aux travaux préparatoires relève de la méthode historique en droit statutaire, et de la méthode exégétique en droit civil. Son traitement n'est pas le même dans les deux systèmes juridiques. Il est largement utilisé en droit français⁴⁴, et l'a beaucoup été en droit civil québécois⁴⁵.

En *common law*, les travaux préparatoires sont officiellement inadmissibles, quoique de plus en plus consultés; ils l'ont été récemment dans un arrêt⁴⁶ où on a eu recours à l'histoire parlementaire et aux rapports pour interpréter une disposition de façon à lui donner un effet rétroactif.

Ils sont en principe inadmissibles parce que le Canada a servilement importé d'Angleterre une règle d'exclusion, qui avait à l'origine sa raison d'être

42. F. Ost, *supra*, note 40, à la p. 124; voir aussi J.L. Bergel, *supra*, note 41, à la p. 245.

43. B. Starck, *supra*, note 9, p. 117.

44. P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827.

45. *Code civil du Bas Canada. Rapports des commissaires pour la codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles*, 1865.

46. *Page Estate c. Sachs*, (1993) 99 D.L.R. (4th) 209 (C.A. Ontario).

dans ce dernier pays, où les débats précédant l'adoption des lois n'étaient pas consignés. Plus tard, quand ils le devinrent, il était de toute façon interdit de les rapporter. Mais ce qui fondait la règle d'exclusion anglaise n'a jamais prévalu au Canada, où les débats sont consignés, et rapportés. Pourtant les tribunaux canadiens, surtout sous l'influence du Conseil privé, ont souvent refusé de les consulter, ce qui a soulevé de vives protestations tant chez les civilistes que chez les autres⁴⁷.

Leur utilisation est actuellement réclamée par certains juristes de *common law*, contestée par les juristes américains qui y ont pourtant systématiquement recours, et critiquée par une partie de la doctrine civiliste. Henri Capitant ne croyait pas que les travaux préparatoires devaient pouvoir être consultés, disant qu'ils sont davantage une source de confusion que de lumière⁴⁸. Ce n'est pas ce que le législateur a voulu dire qui importe, mais ce qu'il a effectivement dit, soutenait Lord Halsbury de son côté de la Manche.

Malgré ce vif débat, le recours aux travaux préparatoires demeure une caractéristique de l'interprétation d'un code. Nous verrons le problème particulier que posent les *Commentaires du ministre de la Justice* sur le *Code civil du Québec* à ce sujet.

47. Voir L. Baudouin, «Conflits nés de la coexistence juridique au Canada», (1956-57) 3 McGill L.J. 51; K.C. Davis, «Legislative History and the Wheat Board Case», (1953) 31 C.B.R. 1.

48. H. Capitant, «Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois» dans *Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Paris, Duchemin, 1977, 204, aux pp. 213 et s.

III. L'INTERPRÉTATION DU NOUVEAU CODE CIVIL DU QUÉBEC

A. Quelques méthodes incontournables

1. La méthode littérale

Elle est incontournable, car c'est celle qui s'attache au texte, et c'est celle par où l'interprétation *commence*. Cela ne signifie pas qu'on doive s'y confiner : le *Code* n'est pas tout entier dans sa lettre, et il est rare que la méthode littérale dispose à elle seule d'un problème d'interprétation. En matière de codification, on ne devrait donc pas l'utiliser seule (à moins qu'elle ne contienne notre seul argument).

Cela ne signifie pas non plus qu'on doive en adopter toutes les directives. La présomption contre l'addition de termes, par exemple, est assez faible en droit civil : il peut être nécessaire d'ajouter des termes à un droit de principe, à des dispositions épurées. Et, contrairement à l'un des postulats de la méthode littérale, attribuer aux mots le sens que leur donnait le législateur historique n'est pas toujours recommandable en droit civil, pour les raisons déjà discutées et qui tiennent à la pérennité du droit codifié.

La méthode littérale suscite de nombreuses critiques et souffre de multiples définitions. Celle du professeur Cornu rétablit sa crédibilité : elle «a pour principe de donner à un texte - énoncé autonome échappant à la volonté de son auteur - tous les sens grammaticalement corrects que ce sens peut revêtir; et donc, aussi bien, à retenir un sens que l'auteur n'avait pas vu (prévu)⁴⁹.»

Envisagée sous cet angle, elle peut être un facteur de progrès, car elle va à la conquête de sens potentiels; on ne devrait donc pas l'assimiler à un facteur de statisme.

Il ne faudrait pas systématiquement opposer interprétation littérale et interprétation libérale. Les deux ne sont pas incompatibles, puisque la première constitue une méthode, et la seconde, un résultat. La caractéristique d'une interprétation littérale est de s'attacher au texte, ce qui n'est pas incompatible

49. G. Cornu, *supra*, note 9, à la p. 131.

avec une interprétation extensive. À titre d'exemple, l'arrêt *Canadian Warehousing*⁵⁰ a interprété littéralement mais libéralement l'expression «denrée susceptible de faire l'objet d'échanges ou d'un commerce», pour conclure qu'il s'agissait de toute denrée, puisque ces dernières sont toutes susceptibles de faire l'objet d'échanges ou de commerce.

2. La méthode systématique

C'est celle qui caractérise le mieux l'interprétation d'un code, qui est fait d'un ensemble de règles, réunies en un tout cohérent. Puisqu'elles sont étroitement liées, il faut donc interpréter ses dispositions les unes en fonction des autres. Chaque disposition du *Code* est donc solidaire de l'ensemble du système. L'auteur belge François Ost définit cette méthode, incontournable en droit civil, de la façon suivante :

*«On entend généralement par "interprétation systématique de la loi", la construction du sens de ses termes en considération du contexte juridique de la règle. Contexte immédiat : un autre alinéa de la règle, un article voisin, l'intitulé de la loi, la place de la disposition dans un corps d'articles, ou contexte plus lointain : (...) une règle spécifique à une branche du droit, un principe général du droit...»*⁵¹

3. La méthode exégétique

Il semble que cette méthode qu'on a déjà jugée dépassée soit la méthode de l'avenir. Elle regroupe, en fait, un ensemble de méthodes qui ne nous sont pas étrangères. Et, comme le soulignent les auteurs Bécane et Couderc, elle permet une grande souplesse :

«[C]ontrairement à la caricature qui en est parfois faite, l'exégète n'est esclave ni de la lettre de la loi ni de la croyance à sa complétude. En cela il n'est pas infidèle à la pensée de Portalis. Comme celui-ci le recommande, il s'interdit d'éluder la lettre d'une loi claire. Mais si elle est obscure, il en approfondira les dispositions par une interprétation littérale et logique. Il s'efforcera surtout d'en pénétrer l'esprit. La recherche de l'intention du législateur le conduira à

50. *Canadian Warehousing Association c. La Reine*, [1969] R.C.S. 176.

51. F. Ost, *supra*, note 40, à la p. 141.

interroger, en-deçà de la formule littérale, les travaux préparatoires, à rechercher les racines historiques de la disposition...»⁵²

Le postulat de l'exégète est que la loi parle, et son but est de trouver ce qu'elle dit. Il s'agit pour lui de chercher la volonté du législateur dans sa loi, comme on cherche l'intention des parties dans un contrat. Sa méthode fait grand usage des travaux préparatoires, et recourt abondamment aux arguments logiques. C'est donc à la fois une méthode documentaire et une technique rationnelle. L'étude du contexte de la disposition à interpréter est un moyen admis par la méthode exégétique, et quand le doute persiste, elle propose de choisir la plus équitable entre deux solutions possibles. Il ne faut ni confondre, ni opposer méthode exégétique et méthode littérale : la méthode littérale s'attache au texte de la loi, la méthode exégétique s'attache au sens qu'il faut en extraire.

L'exégèse, à l'état pur, se définit par trois propositions⁵³ :

- **Quant la loi est claire, il faut la suivre.**

Cette proposition recèle cependant un paradoxe, à savoir qu'il faille déjà, pour estimer qu'une loi est claire, l'avoir interprétée dans un premier mouvement.

- **Quand la loi est obscure, ambiguë, équivoque ou même incomplète, il faut en approfondir les dispositions pour en pénétrer l'esprit.**

Or, nous dit Cornu «en pénétrer l'esprit, c'est rechercher l'intention du législateur. L'interprète, dans la difficulté, doit donc rechercher ce que le législateur a voulu dire : tel est le principe de la méthode exégétique»⁵⁴. C'est donc une méthode qu'on peut qualifier à la fois de psychologique, et d'historique : elle prescrit à l'interprète de restituer l'intention originelle du législateur historique.

52. J.-C. Bécane et M. Couderc, *La loi*, Paris, Dalloz, 1994, à la p. 43.

53. G. Cornu, *supra* note 9, à la p. 131.

54. G. Cornu, *supra*, note 9, à la p. 132.

C'est cet aspect historique de la méthode exégétique qui a entraîné son abandon au début du siècle en France. On lui avait alors reproché de ne pas adapter les solutions du droit civil à l'évolution de la société⁵⁵. Elle s'est vu opposer la méthode de la libre recherche scientifique, proposée par François Gény, méthode qui avait pour but de maintenir le droit en contact avec le progrès, et qui reprochait aux exégètes de river le droit à l'immobilité d'un texte⁵⁶.

- **Si l'on manque de lois, il faut consulter l'usage ou l'équité.**

«S'il pouvait arriver quelque cas qui ne fût réglé par aucune loi expresse ou écrite, il aurait pour loi les principes naturels de l'équité, qui est la loi universelle qui s'étend à tout»⁵⁷. L'équité subjective est une notion difficile à cerner. Il s'agit d'un tempérament raisonnable de la loi, lequel prend en considération des choses que le droit ne considère pas. C'est un assouplissement de la règle *dura lex, sed lex*, une individualisation de la solution de droit, pour autant qu'elle laisse au juge une marge dans son interprétation⁵⁸.

Un jugement d'équité ne peut toutefois, en principe du moins, contredire un texte de loi. Équitable et juste ne sont pas absolument synonymes : «équitable» concerne une situation donnée, sans véritable point de comparaison, tandis que «juste» exige un traitement égal pour toutes les situations semblables, ce qui se fonde obligatoirement sur une comparaison, mais peut donner lieu à une certaine injustice dans des cas particuliers. Ce qui fait dire à un auteur français :

«Qu'on y voie "la notion d'une justice naturelle dans l'appréciation de ce qui est dû à chacun"(1), ou "la disposition à faire à chacun part égale"(2), l'équité a pour but d'humaniser le "juste juridique" en complétant ou modérant "ce que l'application stricte des règles de droit aurait d'insuffisant ou de trop dur"(3). Tempérant la rigueur des

55. Voir A.-M. Coipel, «Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit civil», dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, 1980, vol. XXXI, 29, à la p. 35.

56. Henri DePage favorisait cette méthode dite scientifique.

57. M. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, t. 1, liv. préliminaire, Paris, Knapen, 1977, p. 4.

58. Voir B. Starck, *supra*, note 9, aux pp. 21 à 28.

dispositions générales et abstraites (...), elle consacre une sorte d'ingérence du droit naturel dans le droit positif".»⁵⁹

4. Le recours aux interprétations antérieures (ou méthode des autorités)

Cette méthode, utile en interprétation de toutes les sortes de lois, accuse une particularité lorsqu'elle est utilisée en droit civil. En effet, la jurisprudence, qui n'est pas la source première du droit civil, jouit d'une autorité moindre dans notre système juridique, où le *stare decisis* est remplacé par la règle du précédent. Le précédent est une notion civiliste ne conférant aucune obligation au juge, mais se contentant d'une autorité morale : «À la différence du précédent anglo-saxon où le *stare decisis* («s'en tenir à ce qui a été dit») s'impose juridiquement, le précédent français n'a pour lui que l'autorité morale et la commodité psychologique»⁶⁰. C'est normal, puisque dans la conception civiliste du droit, la jurisprudence ne fait que compléter les principes codifiés. Les jugements antérieurs éclairent le juge, sans le lier pour l'avenir.

Par contre, la doctrine occupe en droit civil une place prépondérante, ce qu'elle est appelée à faire encore davantage avec l'arrivée du nouveau *Code*. C'est la doctrine, et non la jurisprudence, qui réagit le plus vite à un bouleversement semblable. Elle n'a pas besoin d'attendre qu'un litige soit soulevé pour se prononcer sur une question nouvelle.

B. Les sources de l'interprétation du nouveau *Code*

L'interprétation prendra une importance capitale dans l'édification du nouveau droit. Le travail d'interprétation qui attend les juristes se nourrira aux deux sources traditionnelles que sont la jurisprudence et la doctrine, mais pour les utiliser dans un ordre momentanément inversé. La doctrine occupera pendant quelque temps la première place, puisqu'elle sera souvent la première à se prononcer, tandis que la nouvelle et l'ancienne jurisprudence auront temporairement un statut incertain et un rôle transitoire.

59. E. Agostini, «L'équité», D.1978, chron.7 (citant le *Robert*, le *Littré*, et les auteurs Marty et Raynaud).

60. B. Starck, *supra*, note 9, à la p. 341.

Le raisonnement juridique sera donc temporairement privé du secours de la jurisprudence, mais également, et c'est un avantage qu'il faut voir, libre de son entrave. C'est ici que l'interprétation remplira ses deux fonctions, heuristique et rhétorique, et que le talent des plaideurs sera déterminant pour l'avenir du droit.

Outre le talent et la créativité des juristes, qui seront une importante source occulte du nouveau droit, il importe d'identifier les sources officiellement valides susceptibles d'éclairer les plaideurs et les tribunaux sur le sens des nouvelles dispositions. Si l'autorité de quelques-unes des sources que nous allons identifier peut parfois être questionnée, c'est à l'usage et en pratique que nous pourrions mesurer leur véritable influence.

1. Les travaux préparatoires

Les exposés d'intention ministérielle présentés lors du dépôt des projets de lois successifs à l'Assemblée nationale, les avant-projets de lois, le *Projet de loi 125*, le *projet de l'O.R.C.C.* déposé en 1977, et les deux volumes qui l'accompagnaient, même si le Législateur a par la suite choisi de s'en écarter sensiblement, font tous partie des travaux préparatoires utiles à l'interprétation du C.c.Q. Les débats, publiés dans la *Gazette officielle*, entre députés et légistes à la Commission parlementaire chargée de recommander la version finale du projet, font également partie des travaux préparatoires. Cette commission a siégé du 28 août au 12 décembre 1991. Enfin, les 980 amendements présentés devant cette commission par écrit, contenant la raison des changements apportés au *Projet de loi 125*, pourront être utiles.

2. Les commentaires successifs (utilité, statut, admissibilité, valeur)

Nous disposons des commentaires des légistes, en dix volumes et pour diffusion restreinte, sur le *Projet de loi 125*, commentaires qui proposaient des modifications presque globalement adoptées quelques jours plus tard par le *Code civil du Québec* (sanctionné le 18 décembre 1991). Plus tard, c'est-à-dire entre la sanction et l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, est apparue une édition officielle des *Commentaires du ministre de la Justice*. Quels sont le statut et le poids respectifs de ces commentaires successifs et parfois divergents?

Les commentaires du *Projet de loi 125* sont assimilables à des travaux préparatoires, et devraient constituer une source formelle d'interprétation du C.c.Q., particulièrement dans le cas des dispositions qui n'ont pas changé entre l'étape du *Projet de loi 125* et l'étape définitive du *Code civil du Québec*. Ce n'est pas le cas des *Commentaires du ministre de la Justice*, auxquels on ne peut reconnaître le statut de travaux préparatoires, puisqu'ils ont été faits *a posteriori* et non durant la phase d'élaboration de la loi. Ils équivalent en quelque sorte à des travaux d'interprétation, et la doctrine française les assimilerait peut-être même à des travaux exécutoires. Gérard Cornu dit qu'il «arrive que l'esprit de la réforme soit indiqué, après coup, par des «travaux exécutoires»..., ainsi, par une circulaire d'application (...). Pour en être officielle, cette analyse n'en est pas moins, elle-même, un acte d'interprétation⁶¹.»

Si les commentaires des légistes et ceux du ministre de la Justice peuvent tous deux être consultés, ils constituent des sources d'interprétation fondamentalement différentes : les premiers sont censés retracer la volonté du législateur, tandis que les seconds constituent une opinion sur la règle de droit déjà codifiée. Ils ont une valeur de doctrine. Quand ils divergent des précédents commentaires, on peut se demander si c'est le véritable travail préparatoire ou la plus discutable opinion finale qui prévaudra.

Pourtant, même si la lecture des *Commentaires du ministre de la Justice* changent parfois la substance même de l'article commenté (exemple : le commentaire concernant l'article 903 C.c.Q.), notre premier réflexe sera sans doute de la trouver rassurante, et de conclure qu'elle est indispensable. Ces commentaires officiels sont donc appelés à être invariablement consultés par les interprètes du nouveau *Code*. Or, si leur admissibilité ne fait aucun doute, leur poids mériterait d'être questionné, et leur contenu ne nous paraît pas incontestable. Un argument milite pourtant en faveur de leur importance : c'est que l'interprète, citoyen ou juriste, aura pu s'y fier et adapter sa conduite en conséquence, de sorte que la certitude du droit pourrait souffrir de leur mise à l'écart.

61. G. Cornu, *supra*, note 9, à la p. 132.

3. La Loi sur l'application de la réforme du Code civil

Il s'agit ici non pas de déterminer son statut (c'est une loi du Parlement), mais qualifier ses dispositions. À première vue, elle a à la fois des allures de loi transitoire, de loi interprétative, et de loi substantielle, ce qui dans ce dernier cas lui donne des allures de code parallèle. Mais dans tous ces cas, elle sera une source inévitable d'interprétation du nouveau *Code*.

L'importance de distinguer les dispositions interprétatives des dispositions impératives tient, comme nous l'avons déjà dit, à leur caractère supplétif. Or la distinction est parfois difficile. La disposition interprétative est interprétative de la volonté du législateur (ou de la volonté des parties en matière de contrats). Par exemple, l'article 2847 alinéa 2 C.c.Q., sur les présomptions, oppose sans nuance les termes «réputé» et «présumé». S'agit-il d'un article de droit substantif, ou d'une simple règle d'interprétation? C'est la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* qui répond en l'identifiant comme une «règle d'interprétation» dans son article 42. Mais quel est le statut de cet article 42 qui règle le sort d'un article du C.c.Q. Pourrait-il s'agir d'une autre disposition interprétative? C'est ce genre de questions auxquelles les tribunaux devront trouver réponse.

4. Les sources autres

Le *Code civil du Bas Canada* sera utilisé pour mesurer les changements, les confirmations, les nouveautés. Il sera au nouveau *Code* ce que le *Code Napoléon* a été au C.c.B.C. La jurisprudence sur l'ancien code restera utile, de la même façon et à plus forte raison que pourra l'être la jurisprudence issue d'autres juridictions. Quant à la doctrine, elle prendra un élan nouveau en raison de l'incertitude créée par la nouvelle codification. Tout en lui restant redevable, et sans renier leurs racines communes, la doctrine québécoise sera vraisemblablement appelée à s'affranchir de la doctrine française, à mesure que notre droit deviendra plus autonome.

CONCLUSION

L'interprétation constitue donc un phénomène à la fois particulier, complexe et incontournable, d'autant plus particulier et incontournable qu'il se rattache au discours juridique, et qu'il se complique de quelques nuances quand

il participe de l'esprit civiliste. Les directives connues doivent en conséquence souffrir un usage quelque peu distinct quand il s'agit d'interpréter le droit civil.

L'avènement d'une nouvelle codification offre aux juristes l'occasion de se rappeler que le jeu des règles et des méthodes reconnues en *common law* est parfois soumis à des contraintes différentes en droit civil. Ce droit, dont l'inspiration demeure en grande partie française dans son esprit, devrait aussi le demeurer dans son interprétation. Sans doute les lois spéciales dont le *Code civil du Québec* constitue le fondement ne peuvent-elles non plus, en règle générale, répondre à d'autres impératifs.

Nous avons examiné les principaux points qui, à notre avis, devraient retenir l'attention des juristes dans l'immédiat. Cependant, beaucoup de questions restent en suspens, comme d'ailleurs le droit lui-même, qui est appelé à se construire au fil des ans. Ce sont les vingt ou trente années qui viennent qui pourront conclure notre analyse.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES RAPPORTS DE FORCE ENTRE LES MAJORITÉS ET LES MINORITÉS
DE LANGUE OFFICIELLE AU CANADA

Auteur(s) : Benoît PELLETIER

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 2

Pages : 255-294

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13370>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13370>

Page vide laissée intentionnellement.

LES RAPPORTS DE FORCE ENTRE LES MAJORITÉS ET LES MINORITÉS DE LANGUE OFFICIELLE AU CANADA

par Benoît PELLETIER*

Le caractère distinct du Québec est issu de l'évolution triplement séculaire d'un peuple, d'une nation qui constitue aujourd'hui le foyer le plus viable et le plus important de la langue et de la culture françaises au Canada. Comme on s'en doute, la préoccupation constante des Québécois francophones pour la survie et l'épanouissement de la langue française en Amérique a forgé au cours des ans les relations qu'ils ont entretenues avec la minorité anglophone du Québec ainsi qu'avec leurs partenaires canadiens. Dans cet esprit, l'auteur se propose d'examiner d'un peu plus près les rapports de force qui existent entre les communautés de langue officielle au Canada, avec comme toile de fond un examen des rapports fondamentaux qui ont cours entre les deux composantes de ce pays «bicéphale» : le Canada anglais et le Canada français.

Quebec's distinct character results from the evolution, over a three-century period, of a people, a nation which, today, is the most viable stronghold of the French language and culture in Canada. Over the years, it has remained evident that French-speaking Quebecers' ongoing preoccupation with the survival and blossoming of the French language in America has coloured their relationship with the anglophone minority in Quebec as well as with the English-speaking majority in the rest of Canada. From this perspective, the writer examines the power struggles occurring between the official language communities in light of some of the major confrontations which have taken place between English and French Canada.

*, Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	257
PREMIÈRE PARTIE : LE CARACTÈRE DISTINCT DU QUÉBEC	258
DEUXIÈME PARTIE : LES RAPPORTS FONDAMENTAUX ENTRE LE CANADA ANGLAIS ET LE CANADA FRANÇAIS	269
TROISIÈME PARTIE : LES RAPPORTS ENTRE LA MAJORITÉ FRANÇAISE ET LA MINORITÉ ANGLAISE DU QUÉBEC	280
I. La promotion du caractère distinct du Québec et l'essor de sa minorité anglaise	282
II. La législation québécoise en matière de langue	284
QUATRIÈME PARTIE : LES RAPPORTS ENTRE LES FRANCOPHONES DU QUÉBEC ET CEUX DES AUTRES PROVINCES CANADIENNES	288
CONCLUSION	291

INTRODUCTION

La présente étude vise à mieux cerner les rapports de force qui existent entre les majorités et les minorités de langue officielle au Canada. Plus particulièrement, nous tenterons d'identifier les facteurs déterminants de ces mêmes rapports de force, de réfléchir sur la structure d'ensemble des relations linguistiques au Canada, et enfin de cerner les points de convergence et de divergence des intérêts majoritaires et minoritaires en matière d'usage des langues officielles au pays.

Inutile de mentionner que les rapports de force, quels qu'ils soient, sont faits non seulement d'oppositions et d'obstacles mais aussi d'interactions et d'interdépendance. Voilà pourquoi nous mettrons tout autant de soins à mesurer l'ampleur du fossé qui sépare les majorités de langue officielle du Canada des minorités, qu'à tenter d'explorer de nouvelles avenues permettant d'édifier des ponts entre ces groupes linguistiques.

Or, à notre avis, le caractère distinct du Québec est la clé de voûte de toute la dynamique linguistique canadienne; il est le principe qui met en relief et explique les liens réciproques qui existent entre les différentes communautés de langue officielle au pays.

Nous entendons donc faire du caractère distinct du Québec le point de départ de notre étude, la prémisse à partir de laquelle notre analyse découlera, le point de référence ultime. Cette étude de la nature intrinsèque du particularisme québécois constituera d'ailleurs la première partie de notre texte. Nous examinerons par la suite, dans le cadre de la deuxième partie, la structure des rapports généraux qui ont cours entre le Canada anglais et le Canada français, comme il est souvent convenu d'appeler les deux composantes de la dualité canadienne. Ces rapports, en effet, jettent les bases de toute interrelation entre les majorités et minorités de langue officielle du pays. Puis, dans la troisième partie, nous analyserons plus précisément les rapports qui s'établissent entre la minorité anglophone et la majorité francophone du Québec. Enfin, dans la quatrième partie, nous examinerons les relations qui existent entre cette dernière et les minorités francophones des autres provinces du Canada.

Qu'il nous soit toutefois permis de souligner que nous ne nous attarderons pas à discuter du sort des langues autochtones, ni de la place qui leur revient dans l'ordonnancement linguistique canadien. Rappelons simplement, à cet égard, l'importance qu'il y a à ce que soit formellement reconnu le droit qu'ont les autochtones du Canada, en tant que premiers habitants du pays, non seulement de maintenir mais aussi de développer leurs langues et cultures d'origine.

Aussi est-ce fort de ces dernières remarques que nous entamons dès maintenant l'examen de ce principe fondamental pour le Canada qu'est celui du caractère distinct du Québec.

PREMIÈRE PARTIE : LE CARACTÈRE DISTINCT DU QUÉBEC

Le Québec s'enorgueillit depuis un certain nombre d'années, avec raison d'ailleurs, de former une société distincte au sein du fédéralisme canadien. De nombreux rapports d'enquête sur l'avenir du pays et propositions constitutionnelles ont d'ailleurs fait écho, de différentes façons, à cette réalité sociologique et historique qu'est l'identité particulière du Québec.

C'est ainsi par exemple que, dans le Rapport Tremblay de 1965, il était énoncé ce qui suit :

«1. La fin première du fédéralisme canadien est de permettre aux deux grandes communautés culturelles dont la population est composée, a) de vivre et de se développer selon leur particularisme respectif; b) de collaborer à l'édification et au progrès d'une patrie commune;

2. la province de Québec assume seule, à l'égard de la culture canadienne-française, les responsabilités que les autres provinces assument en commun à l'égard de la culture anglo-canadienne; [...]»¹.

1. Voir : *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels* (Rapport Tremblay), Québec, Éditeur officiel, 1966, volume III, tome 2, p. 299.

En fait, pour les commissaires qui ont participé au Rapport Tremblay, il était clair que le Québec ne constituait pas une province comme les autres².

Dans la même veine, le Rapport Laurendeau-Dunton de 1967 devait reconnaître le rôle du Québec comme défenseur de la communauté française, sur son territoire certes mais aussi dans les autres régions francophones du pays. À l'instar du Rapport Tremblay, il était reconnu par ailleurs que le Québec était différent des autres provinces canadiennes³.

En 1967 également, un rapport du Parti libéral du Québec, rédigé sous la direction de Paul Gérin-Lajoie et intitulé «Québec, une société distincte», devait s'inspirer largement de la thèse des deux peuples fondateurs pour interpréter la dynamique politique canadienne, et mettait l'accent sur le concept de statut particulier pour le Québec dans une fédération renouvelée⁴.

2. Voir : «Rapport Tremblay», *id.*, volume I, pp. 65-66.

3. Voir : *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme* (Rapport Laurendeau-Dunton), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967, volume I, p. XXXVIII. Voir également, pp. XXIII et XXIV : «Les deux cultures dominantes, nous l'avons déjà noté, s'incarnent au Canada dans des sociétés distinctes. [...] Et nous avons reconnu dans le Québec les principaux éléments d'une société québécoise distincte. Ainsi en est-il pour l'autre culture dans les provinces anglophones, et, dans une certaine mesure dans le Québec, où le groupe de langue anglaise compense les inconvénients de son statut de minorité par son appartenance à l'ensemble de la société anglophone et par une situation socio-économique très favorable.»

Notons d'ailleurs que la Commission Laurendeau-Dunton avait été constituée en 1963 afin de «faire enquête et rapport sur l'état présent du bilinguisme et du biculturalisme au Canada et recommander les mesures à prendre pour que la Confédération canadienne se développe d'après le principe de l'égalité entre les deux peuples qui l'ont fondée, compte tenu de l'apport des autres groupes ethniques à l'enrichissement culturel du Canada, ainsi que les mesures à prendre pour sauvegarder cet apport [...]» : voir J.-L. GAGNON, *Les apostasies, Tome III -- Les palais de glace*, Montréal, Les éditions La Presse, 1990, p. 172.

La Commission Laurendeau-Dunton avait également soumis un rapport préliminaire en 1965 : voir *Rapport préliminaire de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, 217 p.

Enfin, les travaux de la Commission prirent fin en 1971, soit trois années après le décès de son co-président et principal inspirateur, Monsieur André Laurendeau.

4. Voir le rapport du Comité des affaires constitutionnelles de la Commission politique de la Fédération libérale du Québec, *Québec, une société distincte*, Congrès annuel de la Fédération libérale du Québec, le 9 octobre 1967.

En 1968, René Lévesque et quelques-uns de ses sympathisants rédigèrent *Option Québec*⁵, un document s'inspirant des travaux des commissions Tremblay et Laurendeau-Dunton. De la première, Lévesque avait retenu l'importance de développer la personnalité collective du Québec, alors que de la seconde, il avait retenu l'idée d'entretenir des discussions «d'égal à égal» entre les «deux majorités» composant le Canada. Plus précisément, *Option Québec* situait résolument les rapports Québec-Canada au niveau des relations entre États souverains.

Dans le Rapport Pepin-Robarts de 1979 également, les commissaires ont cru bon de proposer la rédaction d'une nouvelle Constitution, dont le préambule confirmerait la reconnaissance historique des anglophones et des francophones, la contribution des autochtones à l'édification du pays, l'apport des autres communautés culturelles à la vitalité nationale, la diversité des régions et la *spécificité du Québec*. Les commissaires reconnurent au surplus que le gouvernement du Québec se devait d'assumer la responsabilité première pour le maintien et la promotion du patrimoine français sur le territoire québécois⁶. Enfin, les commissaires constatèrent que :

«[L]e Québec est différent et devrait détenir les pouvoirs nécessaires à la préservation et au développement de son caractère distinct au sein d'un Canada viable. Toute solution politique qui ne répondrait pas à cette attente signifierait l'éclatement du Canada»⁷.

-
5. R. LÉVESQUE, *Option Québec*, Montréal, Les éditions de l'Homme, 1968, 173 p. Cet ouvrage a fait l'objet d'une nouvelle édition en 1988 : R. LÉVESQUE, *Option Québec* (texte précédé d'un essai d'André Bernard), Montréal, Les éditions de l'Homme, 1988, 252 p. Il y a lieu de noter qu'une première version d'*Option Québec* avait été publiée en 1967 : voir *Le Devoir*, 19 septembre 1967 (p. 5), 20 septembre 1967 (p. 5), et 21 septembre 1967 (pp. 5-6). Il n'en demeure toutefois pas moins que c'est bel et bien en 1968 que le projet politique de Lévesque a pris sa forme définitive.
 6. Voir : La Commission de l'unité canadienne, *Se retrouver : Observations et Recommandations* (Rapport Pepin-Robarts), Ottawa, Éditeur officiel, 1979, volume I, p. 134.
 7. *Id.*, p. 92.
Il est intéressant de noter que deux principes fondamentaux ont été spécifiquement reconnus par les commissaires : la dualité et le régionalisme. Ces deux caractéristiques constituaient selon eux les principaux piliers de l'ensemble politique canadien.
Il y a lieu de noter par ailleurs que les commissaires ont identifié -- dans *id.*, p. 24 -- six éléments qui sont autant de caractères originaux de la société québécoise : histoire, langue,

Publiée dans le contexte référendaire de 1980, *La nouvelle entente Québec-Canada : proposition du gouvernement du Québec pour une entente d'égal à égal : la souveraineté-association*, privilégiait la formation, sinon la reconnaissance de deux communautés, soit le Canada composé de neuf provinces, et le Québec dorénavant constitué en État distinct et libre d'adhérer à une nouvelle union économique avec son voisin canadien.

Plus particulièrement, la «souveraineté-association» était présentée comme étant la garantie idéale dont pourraient bénéficier les Québécois pour assurer leur existence et leur épanouissement en tant que nation distincte, parce qu'elle respecterait à la fois, du moins prétendait-on, le désir d'autonomie du Québec et la nécessité d'entretenir des liens économiques étroits avec ses partenaires canadiens.

Puis vinrent les démarches entourant le «rapatriement» de la Constitution canadienne et, bien entendu, la vive réaction du Québec au compromis de novembre 1981.

C'est ainsi que, le 1^{er} décembre 1981, l'Assemblée nationale du Québec devait adopter une résolution dans laquelle elle déclarait ne pouvoir accepter le projet de «rapatriement» de la Constitution du Canada, à moins qu'un certain nombre de conditions ne soient rencontrées. La résolution en question était libellée en partie comme suit :

«L'Assemblée nationale du Québec,

code civil, origine commune, sentiments et politique. Au chapitre de l'origine commune, les commissaires soulignèrent «que le Québec est et demeurera essentiellement français, linguistiquement et ethniquement» : voir p. 24. Au chapitre des sentiments des Québécois, les commissaires mentionnèrent que «[l]a mise en commun de leurs désirs, de leurs aspirations, le partage même de craintes analogues au sein de cette collectivité sont peut-être les témoignages les plus probants du caractère culturel distinctif du Québec» : voir p. 25. Enfin, en ce qui concerne la politique en tant que caractère distinctif du Québec, les commissaires rappelèrent que «depuis quelques années on a vu surgir toute une série d'hommes politiques nouveaux, tous poussant au développement politique et social de leur province et de sa population, s'employant vigoureusement à faire servir les ressources de l'État provincial à la réalisation de ces desseins collectifs» : voir p. 25.

rappelant le droit du peuple québécois à disposer de lui-même, et exerçant son droit historique à être partie prenante et à consentir à tout changement dans la constitution du Canada qui pourrait affecter les droits et les pouvoirs du Québec.

déclare qu'elle ne peut accepter le projet de rapatriement de la constitution sauf si celui-ci rencontre les conditions suivantes:

1. on devra reconnaître que les deux peuples qui ont fondé le Canada sont foncièrement égaux et que le Québec forme à l'intérieur de l'ensemble fédéral canadien une société distincte par la langue, la culture, les institutions et qui possède tous les attributs d'une communauté nationale distincte; [...]»⁸.

Un peu plus tard, soit le 19 décembre 1981, dans une lettre adressée à la première ministre de Grande-Bretagne, Mme Margaret Thatcher, le premier ministre Lévesque devait évoquer le fait que le Québec...

«qui a des traditions juridiques, religieuses et historiques différentes du reste du Canada et qui vit dans un contexte social, politique et économique qui lui est propre, établit nécessairement dans ses lois des distinctions très légitimes qui ont pour but de protéger son intégrité en tant que société distincte, entourée d'une culture anglophone dominant tout le continent nord-américain»⁹.

Dans la même lettre, René Lévesque devait ajouter :

«À notre avis, l'opposition du Gouvernement du Québec à l'Adresse canadienne est appuyée par la majorité des Québécois pour qui, et ce sans égard à leur allégeance politique, la situation actuelle constitue une crise des plus sérieuses qui touche au coeur même de notre existence comme société distincte»¹⁰.

8. Pour le texte de la résolution en cause, voir : «Documents relatifs à la *Loi constitutionnelle de 1982*», (1985) 30 *McGill Law Journal* 645, pp. 720-721.

9. Voir : *id.*, p. 716.

10. Voir : *id.*, p. 717.

Le 16 avril 1982, soit la veille de la proclamation de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹, le premier ministre Lévesque émit un communiqué de presse dans le but d'exprimer la réaction du Québec. Plus particulièrement, dans ce message, M. Lévesque insista sur le fait que la Constitution rapatriée ne reconnaissait aucunement, de façon tangible, le caractère et les besoins spécifiques du Québec, société nationale distincte. M. Lévesque fit par ailleurs valoir que la Constitution ignorait le principe même de la dualité canadienne et faisait du Québec une province comme les autres¹².

En 1985, le Rapport Macdonald devait lui aussi reconnaître le caractère distinct du Québec. Selon les commissaires toutefois, ce caractère devait s'inscrire dans le tout canadien et n'existait que pour autant que l'on puisse le concevoir en relation avec l'expérience canadienne. Les commissaires déclarèrent en outre qu'il était impératif que le caractère distinctif du Québec soit inscrit dans le préambule de la Constitution, mais définissaient cependant celui-ci en des termes strictement linguistiques. C'est ainsi par exemple que les commissaires devaient affirmer :

*«L'essence même de la société québécoise découle du fait qu'elle est le principal, sinon l'unique, foyer des dimensions politiques de la vie française au Canada»*¹³.

11. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., ch. 11; L.R.C. (1985), App. II, no 44. La *Loi constitutionnelle de 1982* sera ci-après désignée par le terme «Loi de 1982».

12. Pour le texte de ce communiqué de presse, voir : «Documents relatifs à la *Loi constitutionnelle de 1982*», *loc. cit.*, note 8, pp. 728-730.

Notons d'ailleurs que, dans une lettre qu'il devait adresser au premier ministre Trudeau en date du 17 décembre 1982, M. Lévesque devait réitérer l'idée voulant que le Québec constitue la pierre d'assise des francophones d'Amérique du Nord. Pour le texte de cette lettre, voir : *id.*, pp. 732-735.

13. Voir : *Rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada* (Rapport Macdonald), Ottawa, Éditeur officiel, 1985, volume III, p. 545.

Notons toutefois qu'à la page 383 du rapport en cause, la formulation est quelque peu différente : «Reconnaissant le caractère distinct de la société québécoise, foyer principal mais non exclusif des francophones au Canada, et acceptant comme une donnée essentielle de la fédération canadienne son caractère dualiste».

En 1985 également, le gouvernement Lévesque devait soumettre un Projet d'accord constitutionnel¹⁴, comportant un ensemble de propositions dont l'acceptation par le reste du Canada rendrait possible l'adhésion politique du Québec à la Loi de 1982. Parmi ces conditions, figurait celle ayant trait à la reconnaissance explicite, dans la Constitution du Canada, de l'existence du peuple québécois.

Un mois plus tard, c'était au tour du Parti libéral du Québec de définir lui-aussi les conditions d'adhésion de la province à la Constitution canadienne¹⁵. Parmi ces conditions figurait l'inscription, dans le préambule d'une nouvelle Constitution, d'un énoncé reconnaissant explicitement le Québec comme foyer d'une société distincte et pierre d'assise de l'élément francophone de la dualité canadienne.

On sait par ailleurs que ce sont ces conditions posées par le Parti libéral du Québec qui donnèrent lieu à la négociation puis à la conclusion de l'Accord du lac Meech en 1987¹⁶. Cet Accord fut complété par une entente constitutionnelle intervenue le 9 juin 1990, à Ottawa¹⁷.

L'Accord du lac Meech préconisait la reconnaissance du caractère distinct du Québec au sein du Canada, en plus de celle de la dualité canadienne,

14. *Projet d'accord constitutionnel : Propositions du gouvernement du Québec*, mai 1985. Pour le texte de ce Projet d'accord, voir : A.-G. GAGNON et D. LATOUCHE, *Allaire, Bélanger, Campeau et les autres : Les Québécois s'interrogent sur leur avenir*, Montréal, Éditions Québec \ Amérique, 1991, pp. 116-118.

15. Pour le texte de ces conditions, voir : A.-G. GAGNON et D. LATOUCHE, *id.*, pp. 119-120. Notons d'ailleurs que ces conditions furent reprises par l'ex-ministre délégué aux Affaires intergouvernementales canadiennes, M. Gil Rémillard, à l'occasion d'une allocution prononcée dans le cadre du colloque intitulé «Une collaboration renouvelée du Québec et de ses partenaires dans la Confédération», Mont-Gabriel, 9 mai 1986.

16. Pour le texte de l'Accord du lac Meech, tel qu'intervenu en 1987, voir A.-G. GAGNON et D. LATOUCHE, *id.*, pp. 121-124 (entente politique d'avril 1987, conclue au lac Meech), et pp. 125-136 (textes juridiques endossés par les onze premiers ministres du pays en juin 1987, à l'édifice Langevin (Ottawa)).

17. Cette entente avait été formalisée dans trois documents dont on peut retrouver la teneur dans *id.*, pp. 137-146.

posée en termes de concentrations géographiques et axée sur des aspects essentiellement linguistiques¹⁸.

Nous savons tous cependant que l'ultime tentative de juin 1990, visant à sauver l'Accord du lac Meech du « naufrage », n'aboutit pas au résultat escompté. Le dossier constitutionnel fut toutefois ouvert à nouveau un an plus tard, et donna lieu, tour à tour, aux propositions fédérales de septembre 1991¹⁹, au Rapport du comité Beaudoin-Dobbie de février 1992²⁰ et, enfin, à l'Entente de Charlottetown d'août 1992²¹.

-
18. Il n'est pas inutile de rappeler ici les dispositions pertinentes de l'Accord du lac Meech :
« 1. La *Loi constitutionnelle de 1867* est modifiée par insertion, après l'article 1, de ce qui suit :

RÈGLE INTERPRÉTATIVE

2.(1) Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec :

- a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais aussi présents au Québec, constitue une caractéristique fondamentale du Canada;
- b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte.»

Notons par ailleurs que cette clause de l'Accord du lac Meech avait fait l'objet d'un avis juridique de la part de six constitutionnalistes du pays, lequel figurait en annexe à l'entente constitutionnelle du 9 juin 1990 : voir A.-G. GAGNON et D. LATOUCHE, *id.*, pp. 141-142.

19. Voir : *Bâtir ensemble l'avenir du Canada - propositions*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1991, 60 p.
20. Voir : Rapport du Comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada (Rapport Beaudoin-Dobbie), *Un Canada renouvelé*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1992, 125 p.
21. Voir : *Rapport du consensus sur la Constitution : texte définitif*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1992, 21 p. Notons qu'un projet de texte juridique fut soumis à la population du pays pendant le référendum portant sur l'Entente de Charlottetown. Ce texte portait la date du 9 octobre 1992.

Il n'est pas inutile de rappeler également que l'Entente de Charlottetown contenait une Clause Canada, destinée à s'incorporer à la Constitution du Canada en tant qu'article 2 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : 30 & 31 Vict., R.-U., ch. 3; L.R.C. (1985), App. II, no 27. La Clause Canada en question comportait notamment les dispositions suivantes :

« 2. (1) Toute interprétation de la Constitution du Canada, notamment de la *Charte canadienne des droits et libertés*, doit concorder avec les caractéristiques fondamentales suivantes :

[...]

- c) le fait que le Québec forme au sein du Canada une société distincte,

L'Entente de Charlottetown a connu, comme on le sait, le même sort que l'Accord du lac Meech. On sait par ailleurs qu'aucun événement d'importance n'est intervenu depuis lors dans le dossier constitutionnel canadien, si ce n'est bien entendu l'adoption de la «Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau-Brunswick)»²², par laquelle ont été enchâssés dans la Constitution du pays le principe de l'égalité du statut, des droits et des privilèges des communautés de langue officielle du Nouveau-Brunswick, ainsi que celui voulant que la législature et le gouvernement de la province aient le rôle de protéger et de promouvoir cette même égalité.

Nous sommes donc en mesure de constater, à la lumière de cette brève rétrospective historique, que le caractère distinct du Québec découle des particularités historiques, juridiques, linguistiques et culturelles de cette province²³.

comprenant notamment une majorité d'expression française, une culture qui est unique et une tradition de droit civil;

d) l'attachement des Canadiens et de leurs gouvernements à l'épanouissement et au développement des communautés minoritaires de langue officielle dans tout le pays;

[...]

(2) La législature et le gouvernement du Québec ont le rôle de protéger et de promouvoir la société distincte

(3) Le présent article ne porte pas atteinte aux pouvoirs, droits ou privilèges du Parlement ou du gouvernement du Canada, des législatures ou des gouvernements des provinces, ou des corps législatifs ou des gouvernements des peuples autochtones du Canada, y compris à leurs pouvoirs, droits ou privilèges en matière de langue. [...]

22. *Proclamation de 1993 modifiant la Constitution (Loi sur le Nouveau-Brunswick)*, Gazette du Canada, Partie II, vol. 127, n° 7, TR\93-54.

23. Le particularisme québécois tient essentiellement au fait que le Québec est le phare de la présence française en Amérique, le château-fort du peuple canadien-français, la seule société francophone qui soit suffisamment organisée au Canada pour y assurer le rayonnement de la langue française. Le Québec est également le principal garant de la survie et de la transmission d'une culture unique, puisant à la fois à la tradition française d'où elle tire son origine et à certaines des valeurs propres au continent au sein duquel elle s'exprime. Enfin, le Québec se distingue au surplus des autres provinces canadiennes par son régime de droit privé, d'inspiration française et, en conséquence, codifié. Le Québec s'est aussi longtemps distingué dans le contexte canadien par la foi catholique, intensément vécue, de son peuple. C'était l'époque où l'on pouvait encore dire que la langue était gardienne de la foi, et la foi gardienne de la langue. Cependant, dès 1960, la remise en

Mais on constate par ailleurs que le Québec, en tant que principal foyer de la francophonie en Amérique, a la responsabilité particulière d'assurer la préservation et la promotion du patrimoine français, et ce non seulement sur son territoire, mais aussi dans l'ensemble du Canada.

Certes, on peut vouloir soutenir que le caractère distinct du Québec est fondé sur le fait que cette province est la seule au Canada qui soit formée d'une majorité de langue française. Mais il y a plus! En fait, ce qui est au coeur du concept de «société distincte», c'est le fait que le Québec est la seule terre en Amérique où les francophones forment une nation, un peuple avec ses institutions et ses lois. Car, il ne faut pas l'oublier, le caractère distinct du Québec est essentiellement lié à sa capacité de s'autodéterminer et de s'accomplir en tant qu'État sur la scène internationale²⁴.

question des valeurs religieuses traditionnelles et l'émergence du nationalisme politique en tant qu'instrument par excellence de la cohésion sociale ont fait en sorte que le Québec s'est de moins en moins distingué des autres provinces canadiennes par la ferveur catholique de son peuple.

Enfin, certains aiment invoquer le caractère distinct du Québec au plan des lois sociales et économiques, comme par exemple la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., ch. V-1.1; la *Loi sur la caisse de dépôt et de placement du Québec*, L.R.Q., ch. C-2; la *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q., ch. C-4.1; la *Loi sur les caisses d'entraide économique*, L.R.Q., ch. C-3; la *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., ch. C-67.2; la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., ch. Q-2; la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1; la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., ch. S-2.1; ou la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001. Ces lois illustrent certes l'originalité de la société québécoise et son avant-gardisme dans une foule de domaines, mais elles ne constituent toutefois pas, à notre avis, les principaux éléments du caractère distinctif du Québec. En effet, très souvent ces lois s'articulent autour de principes de base qui sont en fait nord-américains.

24. Le professeur Jacques Brossard, éminent internationaliste québécois, devait affirmer, dans son ouvrage magistral intitulé *L'accession à la souveraineté et le cas du Québec* -- Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1976, p. 188 --, que la nation canadienne-française constitue un «peuple» au sens de la Charte des Nations unies et qu'elle a le droit de s'autodéterminer, mais que dans les faits, par suite de la concentration de la nation canadienne-française sur le territoire du Québec, ce droit pourrait être exercé par «le peuple québécois», soit au nom de la nation canadienne-française, soit en son propre nom. Comme devait en effet l'affirmer le professeur Brossard dans l'ouvrage précité, p. 190 : «[I]l ne paraît faire aucun doute, de prime abord, que le peuple québécois a non seulement le droit de disposer de lui-même mais celui de *choisir* "la création d'un État souverain et indépendant" aussi bien que "la libre association ou intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par son peuple" [...].»

Le caractère distinct du Québec rejoint donc le fait que celui-ci forme une communauté nationale dans l'ensemble canadien, un peuple qui possède une identité qui lui est propre et qui a par ailleurs la responsabilité particulière de faire la promotion de celle-ci.

On comprend dès lors jusqu'où il peut être légitime pour le Québec de chercher à accroître, sinon à maintenir les pouvoirs lui permettant de faire valoir son originalité, de préserver l'intégrité française du pays et de développer celle-ci dans tous ses éléments.

Mais on comprend également que le caractère distinct du Québec, ainsi défini en termes de «foyer national du Canada français», implique en lui-même que le fédéralisme canadien soit perçu comme étant «bi-national»²⁵, voire

Le professeur Brossard devait également préciser que le terme «peuple québécois» peut être interprété de façon stricte, c'est-à-dire comme n'incluant que les Québécois qui appartiennent à la nation canadienne-française, ou encore de façon large, incluant cette fois-ci tous les ressortissants du Québec, qu'ils appartiennent ou non à la nation canadienne-française : voir *id.*, p. 180. Chose certaine, devait toutefois ajouter le professeur Brossard, les anglophones du Québec ne remplissent pas à eux seuls les conditions requises pour constituer un «peuple» distinct au sens de la Charte des Nations Unies, faute de pouvoir former un État viable : voir *id.*, p. 181.

25. Le professeur Jacques Brossard devait affirmer, dans *id.*, p. 173 :

«Par contre, lorsqu'on parle des "deux nations" du Canada, il n'est pas certain que l'on puisse mettre en parallèle la nation canadienne-française et la "nation canadienne-anglaise". Les Canadiens anglais paraissent être eux-mêmes très sceptiques quant à l'existence de celle-ci; il ne faut d'ailleurs pas oublier que plus du tiers des anglophones du Canada ne sont pas d'origine britannique. En réalité, pour les anglophones, leur "nation", même au sens sociologique du terme, c'est le Canada.»

Le professeur Brossard préféra donc utiliser l'expression «peuple anglo-canadien», plutôt que «nation canadienne-anglaise», pour désigner l'ensemble des Canadiens d'origine et de langue anglaises.

Jacques Brossard ajouta cependant, p. 174 :

«Il ne fait pourtant aucun doute que le *Canada anglais* [...] comporte lui aussi, dans son ensemble et malgré ses fortes diversités régionales, tous les éléments d'une nation au sens sociologique du terme [...].»

De même, le professeur Brossard préféra parler du «peuple québécois» plutôt que de la «nation québécoise», puisqu'il lui semblait «difficile de conclure de façon certaine qu'il existe *présentement* une «nation québécoise» distincte, en tant que nation, de la «nation canadienne-française» dont elle se serait détachée : voir p. 179.

Le professeur Brossard devait toutefois ajouter, quelques lignes plus loin, que «[p]our la plupart, [...] les termes "peuple" et "nation" paraissent être plus ou moins synonymes [...]» :

«multi-national» en cherchant à *la limite* à y inclure les peuples autochtones du Canada²⁶. Cette «dualité canadienne» suppose elle-même, idéalement, l'égalité de chacune des communautés nationales composant le pays.

Voilà donc quels sont les principes qui posent les jalons des rapports fondamentaux entre le Canada français et le Canada anglais²⁷. Ces rapports dépendent en effet essentiellement de la reconnaissance de la dualité nationale du Canada et de la recherche de l'égalité ou de l'équilibre²⁸ entre les deux

voir p. 180.

En ce qui nous concerne, nous entendons laisser aux internationalistes eux-mêmes le soin d'apporter ces nuances subtiles entre les termes «peuple» et «nation». Ainsi, plutôt que d'accorder crédit à ces questions de sémantique, nous entendons utiliser indistinctement les deux termes en question dans le présent texte.

26. Le professeur Jacques Brossard a affirmé, dans *id.*, p. 187, «que les "Esquimaux" [Inuits] et Amérindiens du Canada ne constituaient pas "un peuple" au sens de la Charte des Nations unies, compte tenu de leur petit nombre, de leur dispersion territoriale (à travers le Québec comme à travers le Canada) et de leurs subdivisions en "ethnies" diversifiées.»

Il n'en demeure toutefois pas moins que les «autochtones» du Canada constituent une minorité «ethnique» d'un type particulier, puisqu'ils descendent des tout premiers habitants du Canada et que de plus en plus ils revendiquent, avec un appui populaire non négligeable, le statut de «peuple» distinct au sein du Canada. On n'a qu'à penser en effet, à cet égard, à la défunte Entente de Charlottetown qui se proposait notamment de consacrer le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des «peuples autochtones du Canada».

Reste que les autochtones, même s'ils devaient constituer un «peuple» à la limite, n'ont toujours eu qu'une influence très secondaire sur la dynamique linguistique au Canada. Voilà d'ailleurs pourquoi nous ne nous attarderons, dans le présent article, qu'à examiner les rapports de force qui existent les deux grandes communautés de langue officielle du pays : la francophone et l'anglophone.

27. Comme nous l'avons déjà vu (*supra*, note 25), l'expression «Canada anglais» recouvre en réalité une diversité ethnique. Pour les Québécois cependant, cette expression regroupe tous les parlants anglais, y compris les ethnies immigrantes non britanniques.

28. Comme devait en effet l'affirmer Jean-Louis Gagnon, seul survivant des trois présidents qui ont veillé à l'élaboration du Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, dans *op. cit.*, note 3, pp. 172-173 :

«Mais tant pour les peuples que pour les individus, le principe de l'égalité ne s'exprime pas toujours par un calcul d'arithmétique. S'il obéit aussi à des lois qui échappent au jeu des nombres, c'est qu'il a pour source cet idéal de justice commun aux nations libres et policées. Dans cette perspective, le principe de l'égalité exige que les droits fondamentaux de tout citoyen canadien, civils ou culturels, soient respectés de tous, de même qu'il signifie que les droits collectifs propres à chacune des deux communautés linguistiques qui donnent au Canada sa dimension biculturelle puissent s'exercer librement.»

Permettons-nous simplement de préciser ces propos de Jean-Louis Gagnon en affirmant que le principe de l'égalité prend souvent forme dans la recherche d'un *équilibre raisonnable*

communautés de langue officielle du pays. Proposons-nous, dès maintenant, d'examiner l'ensemble de ces questions de façon un peu plus détaillée.

DEUXIÈME PARTIE : LES RAPPORTS FONDAMENTAUX ENTRE LE CANADA ANGLAIS ET LE CANADA FRANÇAIS

En 1867, lors de la création du Canada, l'adoption de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁹ devait constituer un compromis historique et politique de la plus haute importance. Comme devait en effet l'affirmer l'un des «pères de la fédération canadienne», John A. MacDonald, lors des grands débats parlementaires de 1865 :

«Je conviens avec l'hon. député d'Hochelaga qu'aujourd'hui cela est laissé à la majorité; mais afin d'y remédier, il a été convenu dans la conférence d'introduire cette disposition dans l'acte impérial. Cela a été proposé par le gouvernement canadien par crainte qu'il survienne plus tard un accident, et les délégués de toutes les provinces ont consenti à ce que l'usage de la langue française formât l'un des principes sur lesquels serait basée la confédération, et que son usage, tel qu'il existe aujourd'hui, fût garanti par l'acte impérial»³⁰.

À cela, Georges-Étienne Cartier devait ajouter :

«[I]l fallait aussi protéger la minorité anglaise du Bas-Canada, relativement à l'usage de sa langue, parce que dans le parlement local du Bas-Canada la majorité sera composée de Canadiens-Français. Les membres de la conférence ont voulu que cette majorité ne pût pas décréter l'abolition de l'usage de la langue anglaise dans la législature locale du Bas-Canada, pas plus que la majorité anglaise de la législature fédérale ne pourra le faire pour la langue française.

29. entre partenaires de forces inégales certes, mais néanmoins perçus comme égaux en droit. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 21. Cette loi sera ci-après désignée par le terme «Loi de 1867».

30. *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, 3e session, 8e Parlement provincial du Canada, Québec, Imprimeurs parlementaires, 1865, p. 943.

J'ajouterai aussi que l'usage des deux langues sera garanti dans l'acte impérial basé sur ces résolutions»³¹.

Cartier et MacDonald virent donc en l'article 133 une disposition susceptible d'assurer la parité entre l'usage du français à Ottawa et l'usage de l'anglais à Québec. Cette même conception semblait d'ailleurs être partagée par d'autres «pères de la fédération», dont Galt, Langevin et Dorion³².

Plus précisément, l'article 133 était historiquement perçu comme offrant des garanties constituant l'assise même de la fédération canadienne, ou comme reflétant les termes d'une entente fondamentale intervenue entre les «pères de la fédération» relativement à la protection de la minorité anglaise du Québec et de la minorité française du Canada.

La jurisprudence, elle aussi, a de tout temps reconnu que l'article 133 constituait une disposition intrinsèquement liée aux conditions du fédéralisme canadien, voire une condition essentielle à l'adhésion même du Québec au compromis fédératif.

C'est ainsi par exemple que, dans l'affaire *Blaikie*, la Cour supérieure du Québec avait affirmé, sous la plume du juge en chef Deschênes, que l'adoption de l'article 133 de la Loi de 1867 était fondée sur...

«[...] l'intention des Pères de la Confédération de soustraire la question de l'usage de ces deux langues anglaise et française à la possibilité de l'arbitraire ou du caprice ou même, tout simplement, de la volonté perçue comme légitime d'une majorité, qu'elle fût anglophone dans le Parlement central ou francophone dans la législature de Québec»³³.

31. *Ibid.*

32. Voir à cet égard : A.L.C. DE MESTRAL et W. FRAIBERG, «Language Guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution», (1966-67) 12 *McGill Law Journal* 502, p. 514 (note en bas de page n° 53).

33. *Blaikie et autres c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, [1978] C.S. 37, p. 53.

Dans la même veine, le juge Bélanger devait affirmer ce qui suit, lorsque l'affaire *Blaikie* fut soumise à la Cour d'appel du Québec :

«À mon sens, en accordant aux provinces le pouvoir d'amender leur Constitution, le Législateur n'a pas eu l'intention de leur accorder le droit de changer les garanties prévues à l'article 133 [...]. Il est bien sûr que le Législateur n'a pas voulu que les parties à l'état fédératif puissent en modifier unilatéralement les conditions»³⁴.

Toujours dans le cadre de cette décision de la Cour d'appel du Québec, le juge Casey avait lui aussi reconnu en ces termes le caractère fondamental de l'article 133 :

«The B.N.A. Act was an attempt to resolve the problems unavoidably caused by the separate existence and divided population of the Colonies. A basic requirement of this solution was that minority rights be respected -- hence sec. 133. It follows that the right to amend conferred on provincial legislatures by sec. 92(1) cannot be extended to cover a provision such as sec. 133. "Constitution of the Province" must be limited to the manner in which provincial legislative authority is exercised : it cannot be read to permit the modification of that authority or the amendment or nullification of a provision that was designed to serve the best interest of all. For these reasons the argument that sec. 133 is severable and that the provincial part of that section forms part of the "Constitution of the Province" is without substance.

Nor I am impressed by the argument that the totality of legislative authority was divided between the central and local governments and that the latter, there being no exclusion in sec. 92(1) comparable to that of sec. 91(1), are empowered to amend sec. 133. Apart from the fact that the basic premise is unfounded, the unalterability of sec. 133 results from the intention of Parliament to unite the Provinces»³⁵.

34. *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1978] C.A. 351, p. 360.

35. *Id.*, p. 353.

Quant à la Cour suprême du Canada, elle s'est contentée, toujours dans l'affaire *Blaikie*, de faire sienne les motifs du juge en chef Deschênes, tels que renforcés par ceux de la Cour d'appel du Québec³⁶.

La Cour suprême profita toutefois de l'affaire *MacDonald* pour revenir de façon un peu plus explicite sur l'intention qui avait présidé à l'adoption de l'article 133 de la Loi de 1867. C'est ainsi que le juge Beetz a rappelé que cette disposition avait été le résultat «d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils se sont entendus sur les modalités de l'union fédérale»³⁷, alors que la juge Wilson a reconnu que l'intention des autorités constituantes avait été, en adoptant l'article 133, «de protéger chacun des deux groupes linguistiques fondateurs de l'empiétement et finalement de la domination de l'autre»³⁸.

On constate donc que l'article 133 s'est trouvé à constitutionnaliser dans une certaine mesure l'égalité des langues française et anglaise au Québec et au fédéral, de façon à apporter des protections efficaces en faveur des groupes minoritaires concernés et à apaiser les craintes que ceux-ci éprouvaient de voir leurs droits être remis en question par la majorité.

Mais on constate également que ce qui caractérise au premier chef l'article 133, c'est le fait qu'il constitue un compromis entre les deux peuples fondateurs du pays, à savoir le Canada anglais et le Canada français.

Plus précisément, nous sommes d'avis que non seulement le concept des deux peuples fondateurs a-t-il été à la base de l'adoption de l'article 133 de la Loi de 1867, mais qu'en plus ce même concept a été en mesure de marquer l'ensemble des rapports linguistiques au Canada.

En effet, c'est le concept des deux peuples fondateurs qui a été la source même de l'adoption de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*³⁹, une

36. Voir *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 [Blaikie no 1], p. 1027.

37. *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, p. 496.

38. *Id.*, p. 538.

39. *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 1870, 33 Vict., ch. 3 (Canada); L.R.C. (1985), App. II, no 8. Cette loi sera ci-après désignée par le terme «Loi de 1870».

disposition qui découlait de la même motivation que celle qui avait amené quelques années auparavant l'adoption de l'article 133 de la Loi de 1867 : protéger chacun des deux groupes fondateurs contre l'intervention législative de l'autre⁴⁰. Mais c'est également le concept des deux peuples fondateurs qui a été à la base du principe de l'égalité des deux langues officielles au Canada, principe dont on retrouve la reconnaissance au paragraphe 16(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴¹ ou encore dans la *Loi sur les langues officielles* de 1988⁴².

Il appert en effet que c'est le caractère bi-national du Canada qui justifie l'affirmation du bilinguisme officiel et qui pose, avant toute stipulation du droit positif, le principe fondamental de l'égalité des langues anglaise et française à la grandeur du pays.

L'égalité des langues officielles au Canada ne peut effectivement se concevoir que dans la mesure où on aborde les droits linguistiques sous l'angle historique et sociologique, sous l'angle d'un rapport de force entre deux réalités distinctes s'exprimant au Canada, ayant chacune le droit d'être traitée de façon égale à l'autre et, bien entendu, devant chacune disposer (du moins théoriquement) des mêmes chances de s'épanouir⁴³. En fait, cette égalité

40. Sur le parallèle qui existe entre l'article 23 de la Loi de 1870 et l'article 133 de la Loi de 1867, voir : B. PELLETIER, «La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français», (1990) 21 *R.G.D.* 223, pp. 261-273. Il en ressort notamment que l'article 23 de la Loi de 1870 était pour les Franco-Manitobains une garantie fondamentale «enchâssée» dans la Constitution du pays, à l'instar de ce qu'était l'article 133 de la Loi de 1867 pour les Anglo-Québécois (dans son aspect québécois) et pour les francophones (dans son aspect fédéral).

41. La *Charte canadienne des droits et libertés* est la Partie I (articles 1 à 34) de la Loi de 1982. Cette charte sera ci-après désignée par le terme «Charte de 1982».

42. *Loi concernant le statut et l'usage des langues officielles du Canada*, L.C. 1988, ch. 38.

43. Il est intéressant de noter effectivement que le principe même de l'égalité des langues officielles, lorsqu'il est énoncé de façon générale, est fondé non pas sur l'égalité de tous les citoyens mais bien plutôt sur celle des communautés linguistiques concernées. En effet, non seulement l'égalité des deux langues officielles du Canada s'oppose-t-elle au pluralisme linguistique dans les secteurs qu'elle vise, mais en plus s'oppose-t-elle essentiellement à l'idée que le groupe majoritaire tire profit des droits linguistiques reconnus en proportion de son nombre, c'est-à-dire, justement, tire profit de son statut majoritaire. En d'autres termes, le concept de «l'égalité des langues officielles» ne saurait reposer que sur une conception collective, par opposition à personnelle ou individuelle, des droits linguistiques. Dans cet esprit, permettons-nous d'ajouter que l'égalité des langues officielles au Canada

linguistique suppose non seulement la reconnaissance de la dualité canadienne, mais aussi l'équilibre dans les relations entre la communauté française et la communauté anglaise du Canada.

Le problème tient toutefois au fait que le concept des deux peuples fondateurs ne jouit en tant que tel d'aucune reconnaissance formelle dans la Constitution du pays. En fait, non seulement ce principe ne jouit-il d'aucune consécration, mais en plus fut-il battu en brèche par la Loi de 1982⁴⁴, une loi à tendance centralisatrice et uniformisatrice⁴⁵.

devrait, pour ne pas être que théorique, faire appel à l'application de mesures spéciales en faveur de celle des communautés linguistiques impliquées qui est sociologiquement «désavantagée» par rapport à l'autre : la communauté francophone. Nous reviendrons toutefois sur ce point un peu plus loin.

44. De nombreux auteurs estiment que la révision constitutionnelle de 1982 et l'échec de l'Accord du lac Meech qui en a intimement découlé ont irrémédiablement détruit le rêve dualiste des Québécois. C'est ainsi que le rêve des deux nations, des deux peuples fondateurs ou des deux sociétés distinctes serait, selon eux, devenu désormais impossible à réaliser. Voir par exemple, en ce sens : G. LAFOREST, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Éditions du Septentrion, 1992, p. 13 : «L'échec de l'Accord du lac Meech en juin 1990 confirme l'idée selon laquelle la dualité, pivot de l'interprétation du fédéralisme canadien dans l'historiographie canadienne-française puis québécoise, est devenue impossible. Il est devenu irréaliste d'espérer que la vision dualiste, celle qui conçoit le fédéralisme comme reposant sur une entente entre deux sociétés distinctes, entre deux nations ou deux peuples fondateurs, puisse occuper des espaces de pouvoir significatifs dans les infrastructures constitutionnelles canadiennes. C'est donc bel et bien la fin d'un rêve, avec toute la tristesse que cela évoque.»

Nous sommes également d'avis que la Loi de 1982 s'est trouvée à réserver des funérailles de première classe au principe des deux peuples fondateurs, et qu'il y a tout à parier que celui-ci ne renaîtra pas de ses cendres sur le plan juridique. Il n'en demeure toutefois pas moins que ce même principe continue de soulever un intérêt théorique indéniable, en plus d'être encore, en réalité, au coeur même de la composition sociologique du Canada.

Reste que les chances sont extrêmement minces de voir un jour une réforme constitutionnelle au Canada consacrer le principe des deux peuples fondateurs, puisque ce principe n'a guère plus droit de cité au «Canada anglais» et puisque toute révision constitutionnelle d'envergure requiert sinon le consentement unanime de toutes les assemblées législatives canadiennes (voir l'article 41 de la Loi de 1982), à tout le moins le consentement du fédéral et de sept provinces représentant cinquante pour cent de la population totale des provinces canadiennes (voir les articles 38 et 42 de la Loi de 1982).

45. À titre d'exemple, mentionnons que la Charte de 1982, contenue dans la Loi de 1982, favorise une interprétation uniforme des droits et libertés qui y sont énoncés (voir toutefois *infra*, note 50), et ne reconnaît ni n'accorde d'aucune façon la spécificité québécoise. La Charte de 1982 encourage au contraire l'émergence de valeurs «nationales» (pan-

Mais le problème tient également au fait que la Charte de 1982 n'envisage l'égalité des langues officielles au Canada que de façon abstraite, plutôt que de façon sociologique.

En effet, au lieu de reconnaître spécifiquement les besoins particuliers de la langue française au Canada, et plus particulièrement au Québec, la Charte de 1982 se trouve à mettre *directement* en rapport des groupes dont les pouvoirs réels, les besoins de langue ou les chances de survie sont très différents, des groupes sociologiquement dissemblables. Pourtant, tout le monde connaît l'asymétrie de la situation réelle des Anglo-Québécois et des francophones vivant à l'extérieur du Québec⁴⁶. Tout le monde sait également jusqu'à quel point la survie de la langue française peut être menacée même au Québec, où elle est pourtant la langue de la majorité⁴⁷.

canadiennes) et communes à tous les citoyens et citoyennes du Canada, sans exceptions (ou si peu) et sans sensibilité aux particularités québécoises. Par ailleurs, la Charte de 1982 est interprétée en dernier ressort par la Cour suprême du Canada, un tribunal dont la place et le rôle dans le système judiciaire canadien l'incitent à favoriser une intégration des différentes normes juridiques dans un corpus univoque, ainsi que le nivellement de celles-ci.

Quant aux procédures de modification constitutionnelle contenues dans la Partie V de la Loi de 1982, elles accordent un droit de veto au Parlement fédéral sur toute réforme constitutionnelle, mais n'en accordent cependant pas au Québec. En réalité, ces procédures se trouvent à consacrer l'égalité des provinces entre elles.

Enfin, la Loi de 1982 est à peu près silencieuse sur la question du partage des compétences législatives entre le fédéral et les provinces (hormis quelques dispositions particulières en matière de ressources naturelles), et laisse désormais cette même question à la merci du processus de révision constitutionnelle, dont nous avons déjà mentionné le caractère relativement complexe : voir *supra*, note 44.

46. Sur le sujet, voir : J. WOEHLING, «Les droits linguistiques des minorités et le projet de modification de la Constitution du Canada (L'Accord du lac Meech)», dans P. PUPIER et J. WOEHLING (dir.), *Langue et droit : Actes du premier congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1989, p. 310.

47. Comme devaient en effet l'affirmer les auteurs Henri Brun et Guy Tremblay, dans *Droit constitutionnel*, 2e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 766 : «[O]n n'a jamais su reconnaître dans le domaine linguistique les besoins spécifiques du Québec, où se trouve la seule majorité francophone du Canada, majorité qui en même temps concentre la principale minorité du Canada et dont la survie reste problématique. Cette minorité n'est jamais prise en compte : la Loi de 1982, comme la nouvelle Loi fédérale sur les langues officielles, ne protègent que les "minorités" linguistiques qui se trouvent à l'intérieur de chaque province.»

En n'offrant aucune reconnaissance particulière à la langue française au Canada, la Charte de 1982 se trouve donc à nier la réalité sociologique même de ce pays, ainsi qu'à émasculer les droits qu'elle cherche à conférer. Même le principe de l'égalité des langues officielles du Canada, qui est notamment reconnu au paragraphe 16(1) de la Charte de 1982 et qui recèle, comme nous l'avons vu⁴⁸, une connotation sociologique indéniable, ne s'est jusqu'à maintenant vu reconnaître par la Cour suprême du Canada qu'une portée déclaratoire, dénuée de contenu réel, purement symbolique⁴⁹. Quant à l'article 1 de la Charte de 1982, bien qu'il recèle le potentiel de favoriser une certaine asymétrie dans l'interprétation et l'application des droits découlant de la charte

48. Voir *supra*, note 43.

49. Voir par exemple l'arrêt *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549, où la Cour a examiné le paragraphe 16(1) de la Charte de 1982 à la lumière du paragraphe 16(3), et a conclu que ces dispositions laissaient aux législateurs, plutôt qu'aux tribunaux, le soin d'améliorer le statut égalitaire du français et de l'anglais au Canada. En d'autres termes, selon la Cour, ces dispositions envisagent une réalité simplement progressive des deux langues officielles et laissent au législateur le soin de la réaliser. Comme devait en effet l'affirmer le juge Beetz, p. 579 : «Je crois qu'il est exact d'affirmer que l'art. 16 de la Charte contient un principe d'avancement ou de progression vers l'égalité de statut ou d'usage des deux langues officielles. Je considère toutefois qu'il est très significatif que ce principe de progression soit lié au processus législatif mentionné au par. 16(3) où se trouve consacrée la règle énoncée dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182. Comme le processus législatif est, à la différence du processus judiciaire, un processus politique, il se prête particulièrement bien à l'avancement des droits fondés sur un compromis politique.»

en question⁵⁰, force nous est d'admettre qu'il s'est avéré jusqu'à maintenant n'être que d'une utilité douteuse en matière de droits linguistiques⁵¹.

-
50. L'article 1 de la Charte de 1982 est susceptible d'autoriser les tribunaux, dans l'interprétation qu'ils font des droits et libertés qui y sont énoncés, à tenir compte par exemple de facteurs sociologiques, philosophiques, historiques et politiques. Évidemment, ce qui est «raisonnable» et ce qui se justifie dans «le cadre d'une société libre et démocratique», pour emprunter à la terminologie de l'article 1 en question, peut varier d'une société à une autre, dépendamment en partie des facteurs susmentionnés. Une certaine asymétrie pourrait donc résulter d'une application des droits et libertés de la Charte de 1982 qui tiendrait compte, dans chaque cas, du contexte social dans lequel ceux-ci s'inscrivent.
- Il faut bien admettre cependant que l'article 1 de la Charte de 1982 n'a que très peu favorisé, jusqu'à présent, l'asymétrie en matière d'interprétation judiciaire. Peut-être est-ce là la conséquence directe du test rigide qui avait été élaboré par la Cour suprême elle-même dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103? Mais peut-être est-ce au contraire le fait d'un manque d'imagination de la part des juristes, qui ne sauraient pas faire valoir adéquatement les dispositions de l'article 1 en question? Cette dernière hypothèse est du moins celle qui fut développée par Mme Bertha Wilson, après qu'elle eut quitté la Cour suprême du Canada, dans son article intitulé «Constitutional Advocacy», (1992) 24 *Ottawa Law Review* 265, p. 273 : «I don't believe that counsel have yet realized the importance of taking a broader approach to *Charter* litigation although I think that the Court's recent emphasis on the contextual approach must have brought home to them the need to inform themselves thoroughly on the social context in which the issue arises and that they must appreciate it not only intellectually but emotionally as well. [...] So please don't treat *Charter* cases as if you were dealing with mechanics' liens. Approach them with a bit of imagination. Make clear to the Court the larger social implications of the issue before it, but make sure that you completely understand those implications yourself.»
51. On n'a qu'à penser ici à l'arrêt *Ford c. P. G. (Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Dans cette affaire, en effet, se posait la question de savoir si les articles 58 et 69 de la Loi 101 (voir *infra*, note 57) étaient inopérants parce que contraires à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (L.R.Q., ch. C-12) ou à la Charte de 1982.
- Les articles en cause prévoyaient que l'affichage public, la publicité commerciale et l'usage d'une raison sociale ne pouvaient se faire qu'en français au Québec. Après avoir reconnu que ces dispositions allaient à l'encontre de la liberté d'expression, telle que protégée par les chartes en cause, la Cour suprême du Canada s'est demandée si, néanmoins, ces dispositions n'étaient pas justifiées en vertu de l'article 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* ou de l'article 1 de la Charte de 1982.
- Sur ces questions, la Cour estima que la preuve n'avait pas été faite que l'exigence de l'emploi *exclusif* du français était nécessaire pour atteindre l'objectif législatif qui était visé par la Loi 101, ni que cette même exigence était proportionnée à l'objectif en question : voir *Ford*, pp. 779-780. En conséquence, la Cour en vint à la conclusion que l'usage exclusif du français ne résistait pas à l'examen fondé sur le critère de proportionnalité, et ne reflétait pas la réalité de la société québécoise : voir *Ford*, p. 780. La Cour a donc déclaré inopérants les articles 58 et 69 de la Loi 101, parce que ceux-ci étaient contraires aux deux chartes invoquées en l'espèce.

Nous estimons donc que, plutôt que d'être purement théorique comme c'est le cas actuellement, l'égalité des langues officielles au Canada devrait donner lieu à des mesures concrètes, à des dispositions s'incarnant dans la réalité et visant à réaliser dans les faits l'égalité des deux grandes communautés linguistiques du Canada, ou du moins permettant à celles-ci de tendre vers cette égalité.

La Cour suprême du Canada, en reconnaissant que les droits linguistiques sont fondés sur un compromis politique plutôt que sur des principes, contrairement aux droits fondamentaux traditionnels, s'est évidemment trouvée à donner crédit à une conception sociologique des droits linguistiques au Canada⁵². Le problème tient toutefois au fait que la Cour s'est refusée, comme nous l'avons vu⁵³, à donner tout contenu au principe de l'égalité des langues officielles, lequel avait pourtant fait l'objet d'un tel compromis politique et lequel s'était retrouvé consacré, pour les fins fédérales à tout le moins, au paragraphe 16(1) de la Charte de 1982. L'égalité des langues officielles au Canada ne repose donc sur aucune assise véritable et, de ce fait, ne jouit que d'un caractère théorique.

En ce qui nous concerne, nous estimons que l'égalité des langues officielles au Canada devrait pouvoir reposer, dans les faits, sur la consécration du concept des deux peuples fondateurs dans la Constitution du pays et sur l'égalité formelle de ceux-ci. Il nous semble en effet que le Canada est un pays bilingue parce que, précisément, il est constitué de deux sociétés. En ce sens pouvons-nous affirmer que les deux langues officielles seront réellement sur un pied d'égalité au Canada le jour où les deux nations constituant ce pays le seront elles-mêmes, à tout le moins sur le plan juridique.

52. Voir *Société des Acadiens c. Association of Parents*, précité, note 49, p. 578, où le juge Beetz a établi une distinction entre les droits linguistiques et les autres droits fondamentaux. Notons également que le juge en chef Dickson devait affirmer, dans *Société des Acadiens*, p. 566, que «les droits linguistiques revêtent un caractère fondamentalement et profondément social», alors que le juge Wilson devait reconnaître dans le même ordre d'idées, p. 639, que «les droits linguistiques constituent une réaction aux particularités historiques du Canada. Ces droits ont un contenu socio-culturel [...]».

53. Voir *supra*, note 49.

Bien entendu, la reconnaissance constitutionnelle de la spécificité québécoise, qui était proposée dans l'Accord du lac Meech et dans l'Entente de Charlottetown, aurait constitué un pas dans la bonne direction, en ce qu'elle se serait trouvée à reconnaître à la fois le particularisme du Québec⁵⁴, pierre d'assise des francophones d'Amérique du Nord, et le caractère bi-national du Canada. Une telle reconnaissance aurait toutefois été plus intéressante et plus prometteuse si, au lieu d'être purement symbolique comme c'était le cas, elle avait elle-même été porteuse de droits et de pouvoirs particuliers pour le peuple québécois. Il n'aurait s'agit là, en fait, que de la reconnaissance de droits nationaux, de droits sociologiques destinés essentiellement à profiter à la communauté française du Québec, un groupe majoritaire sur son territoire certes, mais néanmoins minoritaire dans l'ensemble canadien et fortement menacé en Amérique. Sans compter que le Québec est investi d'une mission particulière dans le contexte canadien, soit celle d'assurer la survie et l'affirmation de la langue française. Comme devait en effet l'affirmer M. Keith Spicer, alors qu'il était commissaire aux langues officielles du Canada :

«Ce n'est évidemment pas dans les communautés francophones des provinces à majorité anglophone, ni même dans les écoles de langues du gouvernement fédéral, que peuvent se déployer les efforts décisifs pour protéger et enrichir le patrimoine linguistique français au Canada. Ce qui se fait dans ces domaines est indispensable et digne d'un appui soutenu. Mais à longue échéance, l'avenir du français en Amérique du Nord dépendra surtout de la façon dont le Québec saura affermir sa principale langue de culture pour en faire une langue de travail et d'échanges sociaux. En définitive, la vitalité du français partout au Canada reposera sur le dynamisme, voire la saine

54. À titre d'exemple, mentionnons que la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinct du Québec, qui était proposée dans l'Accord du lac Meech, aurait peut-être pu favoriser une interprétation de l'article 1 de la Charte de 1982 qui eut davantage tenu compte de l'identité particulière du Québec. En conséquence, l'article 1 en question aurait pu ultimement entraîner une application des droits et libertés de la Charte qui eut été différente, selon que cette application eut concerné le Québec ou une autre province canadienne. Quant à l'Entente de Charlottetown, les chances que le principe de la société distincte eut pu influencer l'interprétation de l'article 1 de la Charte de 1982 étaient considérablement diminuées, du fait de l'obligation qui était faite au Québec (et aux autres provinces canadiennes) de favoriser l'épanouissement et le développement de sa communauté minoritaire de langue officielle.

prédominance, du français dans ce seul territoire où les francophones forment la majorité et possèdent les institutions qui reflètent cette réalité»⁵⁵.

Ces paroles de Keith Spicer illustrent le rôle particulier du Québec dans la réalisation du défi linguistique et culturel canadien; mais elles posent du même coup tout le problème de savoir autour de quels principes doivent s'organiser et se développer les relations entre la majorité française et la minorité anglaise du Québec. Ceci nous amène à examiner, dès à présent, la nature des rapports linguistiques ayant cours dans cette province.

TROISIÈME PARTIE : LES RAPPORTS ENTRE LA MAJORITÉ FRANÇAISE ET LA MINORITÉ ANGLAISE DU QUÉBEC

Il n'y a aucun doute dans notre esprit que la minorité anglaise du Québec a droit à ce que sa différence linguistique et culturelle soit reconnue dans la province, au même titre que la minorité française doit pouvoir jouir de cette même prérogative dans le contexte de l'ensemble du Canada. Ce droit découle directement, avons-nous vu, de la dualité nationale du pays et du principe de l'égalité des deux groupes fondateurs que celle-ci sous-tend.

Il n'en reste pas moins que les francophones sont majoritaires au Québec mais minoritaires dans l'ensemble du Canada, alors que c'est l'inverse pour les anglophones. Il n'est donc pas aisé d'identifier, dans le contexte québécois, quelle est la langue qui est *réellement* dominante et quelle est celle qui est *réellement* dominée.

En ce qui nous concerne, nous estimons que les rapports entre les francophones et les anglophones du Québec doivent être abordés sous l'angle plus général des relations qu'entretiennent les communautés française et anglaise dans l'ensemble canadien. En d'autres termes, nous croyons que le problème québécois en matière de langue ne doit pas être dissocié de l'ensemble du

55. K. SPICER, *Commissaire aux langues officielles: premier rapport annuel, 1970-1971*, Ottawa, Information Canada, 1971, p. 4.

problème canadien, et que seul ce dernier est en mesure de donner au premier sa juste perspective.

Il ne faut pas oublier en effet que c'est la langue française qui est menacée en Amérique et, en conséquence, qu'il n'est que normal que le Québec prenne tous les moyens pour en assurer la survie. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs elle-même reconnu, dans l'affaire *Ford*⁵⁶, la vulnérabilité de la langue française au Canada et au Québec, l'importance et la légitimité de l'objet législatif de la *Charte de la langue française*⁵⁷, ainsi que le fait que cette dernière était destinée à répondre à un besoin réel et urgent.

Inutile donc de mentionner que la vitalité du français au Canada ne saurait reposer que sur la saine prédominance de cette langue dans ce seul territoire où les francophones sont majoritaires: le Québec. Seule cette prédominance, en effet, est de nature à favoriser l'égalité des deux langues officielles du Canada, en rendant justement l'usage de celles-ci plus égal dans l'ensemble du pays. Il appert effectivement que l'égalité linguistique peut parfois impliquer la prédominance d'une langue sur une autre, surtout si cette prédominance sert à rendre les deux langues plus égales dans les faits.

Il ne saurait dès lors être question, au Québec, de mettre les langues anglaise et française sur un même pied d'égalité juridique. En effet, la langue française, bien que majoritaire au Québec, est beaucoup plus menacée que l'anglais dans le continent américain. L'égalité linguistique commande donc que le français bénéficie, au Québec, d'un certain avantage normatif par rapport à la langue minoritaire, l'anglais, cette dernière jouissant du précieux point d'appui que constitue l'ensemble de l'Amérique du Nord pour s'exprimer.

Notons d'ailleurs que l'idée voulant que le français jouisse d'un statut supérieur à l'anglais au Québec se concilie parfaitement avec la nature même des droits linguistiques, lesquels, n'étant pas des droits fondamentaux au sens

56. Voir: *Ford c. P. G. (Québec)*, précité, note 51, pp. 777-778.

57. *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11. Cette Charte est fréquemment désignée par le terme «Loi 101». C'est par ce terme que nous l'avons d'ailleurs désignée précédemment (voir *supra*, note 51), et que nous la désignerons ci-après.

traditionnel⁵⁸, ne sauraient être vus comme étant absolus et ne sauraient dans tous les cas être reconnus sur une base *de stricte égalité*. Voilà pourquoi il est fréquemment nécessaire de trouver, dans la législation en matière de langue, une solution qui réconcilie la prépondérance d'une langue sur une autre, tout en assurant la préservation et l'épanouissement de cette dernière.

On comprendra aisément que, dans le contexte québécois, tous ces principes posent la question de savoir comment rendre compatible la promotion du caractère distinct du Québec avec la vitalité et l'épanouissement de sa minorité anglophone⁵⁹. Mais ces principes appellent également la question de savoir comment concilier, dans la législation du Québec, la prédominance du français avec la préservation des droits les plus légitimes de la minorité anglaise.

I. La promotion du caractère distinct du Québec et l'essor de sa minorité anglaise

L'Accord du lac Meech mettait en opposition la reconnaissance de la spécificité québécoise avec celle de la dualité canadienne. Quant à l'Entente de Charlottetown, elle reconnaissait à la fois le caractère distinct du Québec et l'attachement des gouvernements du pays à l'épanouissement et au développement des communautés minoritaires de langue officielle⁶⁰.

D'éminents constitutionnalistes ont déjà émis l'opinion, dans le contexte du débat ayant entouré l'Entente de Charlottetown, qu'entre le principe de la spécificité québécoise et celui de l'épanouissement de la minorité anglaise du Québec, la Cour suprême du Canada en serait vraisemblablement venue à privilégier ce dernier. Selon ces juristes, en effet, la préférence de la Cour suprême pour le «principe de l'épanouissement» aurait essentiellement été fondée sur le penchant naturel qu'elle a toujours manifesté en faveur de la protection des intérêts minoritaires plutôt que majoritaires. Plus particulièrement, comme devaient l'affirmer les constitutionnalistes en question:

58. Voir *supra*, note 52.

59. Cette question avait en effet été posée avec acuité par l'Entente de Charlottetown de 1992: voir *supra*, note 21.

60. Ce principe sera ci-après désigné par le terme «principe de l'épanouissement».

«[N]ous sommes d'avis que la clause de la société distincte du Projet d'Accord constitutionnel n'a virtuellement aucune valeur pour le Québec. Nous considérons même que son adoption marquerait un recul par rapport à la situation actuelle, car dans son jugement sur la langue de la publicité et de l'affichage commercial, la Cour suprême du Canada a déjà reconnu que la Constitution peut, dans une certaine mesure, être interprétée en tenant compte du caractère distinct du Québec. Or, le Projet d'Accord constitutionnel, en réduisant la société distincte à certaines réalités et en la plaçant sur le même pied que l'engagement des gouvernements envers l'épanouissement et le développement de la minorité anglophone du Québec, pourrait remettre en question la portée de cet acquis»⁶¹.

En ce qui nous concerne, nous partageons entièrement ce point de vue. Nous estimons en effet que le «principe de l'épanouissement» aurait été appelé, s'il avait effectivement été constitutionnalisé, à faire l'objet d'une interprétation toujours de plus en plus libérale de la part de la Cour suprême du Canada. C'est ainsi que le «principe de l'épanouissement» aurait pu en venir éventuellement à annihiler les effets du principe de la société distincte, voire à marquer un véritable recul pour la compétence du Québec en matière de langue. Plus particulièrement, nous considérons que l'alinéa 2b) de la Charte de 1982, reconnaissant notamment la liberté d'expression, se serait révélé être une véritable boîte de Pandore lorsqu'il aurait dû être interprété à la lumière du «principe de l'épanouissement» de l'Entente de Charlottetown.

L'idéal serait donc, à notre avis, que l'on revienne essentiellement à la formulation de l'Accord du lac Meech, tout en la modifiant quelque peu. L'Accord du lac Meech, en effet, nous semblait répondre adéquatement à la double préoccupation de *promouvoir* le caractère distinct du Québec et de *protéger* la dualité canadienne. Nous aurions toutefois souhaité que, contrairement à ce que proposait l'Accord du lac Meech, le principe du caractère distinct du Québec soit tout autant reconnu comme étant une caractéristique

61. H. BRUN et autres, «La clause relative à la société distincte du Rapport du consensus sur la Constitution: un recul pour le Québec», dans C. BARITEAU et autres, *Référendum, 26 octobre 1992: Les objections de 20 spécialistes aux offres fédérales*, Montréal, Éditions Saint-Martin, 1992, p. 56. Notons que ce texte a aussi été publié dans le journal *Le Devoir* du 4 septembre 1992, sous le titre «La "société distincte" ne veut plus rien dire».

fondamentale du pays que l'était celui de la dualité canadienne. Nous aurions également souhaité que la reconnaissance de la spécificité du Québec s'accompagne d'une dévolution particulière de pouvoirs législatifs et de l'octroi d'un veto constitutionnel en sa faveur, ainsi que d'une consécration formelle du concept des deux peuples fondateurs dans la Constitution du Canada.

Une chose est certaine toutefois, et c'est que l'épanouissement de la minorité anglaise du Québec devrait continuer, dans l'hypothèse d'une révision de la Constitution du pays, à être laissé au soin des autorités québécoises. Cette suggestion nous amène évidemment à constater jusqu'à quel point il est impérieux que le Québec se sensibilise lui-même à l'idée d'assurer l'essor de sa minorité anglophone par le biais de sa propre législation, tout en ayant pour priorité d'assurer la survie et le rayonnement de la langue française au Québec et au Canada.

II. La législation québécoise en matière de langue

Il ne fait aucun doute que les rapports entre la majorité française et la minorité anglaise du Québec doivent être marqués du respect des droits et privilèges de cette dernière, tout projet d'assimilation étant non seulement indéfendable mais au surplus carrément irréalisable. Il va sans dire également que la majorité francophone du Québec ne doit pas chercher obstinément et inutilement à refuser à sa minorité anglophone les droits spécifiques qu'elle-même ne voudrait pas qu'on lui conteste.

En fait, nous estimons que le Québec a le devoir moral de procéder à un aménagement linguistique qui réponde aux besoins essentiels de sa minorité anglophone, tout en ne remettant pas en cause la cohésion même de la nation québécoise, dont l'une des caractéristiques est précisément d'être le bastion de la francophonie en Amérique. En d'autres termes, le Québec doit chercher à établir un certain compromis entre les droits linguistiques de sa majorité et de sa minorité, tout en respectant les exigences qu'imposent la sauvegarde et la cohérence⁶² de la nation qu'il constitue.

62. Le concept de «cohésion nationale» ne vise pas l'exclusion des anglophones du Québec dans la définition de la nation québécoise, mais bien plutôt leur participation active à une société où le français sera reconnu comme étant la langue officielle de la vie publique nationale.

Que l'on nous comprenne bien toutefois! L'idée n'est pas d'encourager le pluralisme linguistique au Québec, ni même le bilinguisme dans toutes les affaires provinciales. Au contraire, il s'agit d'encourager la primauté du français dans tous les secteurs de la vie sociale où cette langue est la plus menacée (ex. les relations de travail), voire l'unilinguisme officiel dans tel ou tel domaine. Assurer la prépondérance⁶³ du français au Québec nous semble en effet être un objectif d'autant plus légitime que celui-ci n'a jamais empêché l'octroi de privilèges et de services importants à la minorité anglophone de la province, sans doute la plus choyée au Canada.

Dans cette veine, le Québec s'était donné par la Loi 101 et par ses politiques culturelles, la mission de favoriser l'émergence d'un peuple pluri-ethnique dont la langue publique commune devait être le français. En effet, la Loi 101 était à l'origine motivée par le désir de faire du français la langue de l'État québécois et de la Loi, aussi bien que la langue normale et habituelle du travail, de l'enseignement, des communications, du commerce et des affaires. La Loi 101 cherchait toutefois à s'inscrire dans le respect des institutions de la communauté d'expression anglaise et dans le respect des autres groupes minoritaires de la province, dont elle reconnaissait d'ailleurs d'emblée l'apport précieux au développement du Québec.

La Loi 101 a cependant été sérieusement affectée par un certain nombre de décisions de la Cour suprême du Canada intervenues depuis son adoption. Ces décisions étaient motivées par l'article 133 de la Loi de 1867⁶⁴, par l'article 23 de la Charte de 1982⁶⁵, ou par la liberté d'expression reconnue à l'alinéa 2b)

63. La prépondérance de la langue française peut évidemment être assurée par une certaine primauté ou prédominance par rapport à la langue anglaise, voire par l'usage exclusif du français lorsque cela est opportun.

64. Voir: *Procureur général du Québec c. Blaikie*, précité, note 36, où la Cour suprême du Canada a déclaré inopérant le chapitre III (art. 7 à 13 portant sur la langue de la législation et de la justice) de la Loi 101, puisqu'il contrevenait à l'article 133 de la Loi de 1867.

65. Voir: *P.G. Québec c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, où la Cour suprême du Canada a déclaré inopérants les articles 72 et 73 de la Loi 101 (sur la langue de l'enseignement) en raison de leur incompatibilité avec l'article 23 de la Charte de 1982.

de la même Charte⁶⁶. C'est ainsi que, le 17 juin 1993, l'Assemblée nationale du Québec devait adopter des mesures visant à harmoniser certaines des dispositions de la Loi 101 avec les décisions judiciaires en question⁶⁷.

En réalité, la *Loi modifiant la Charte de la langue française* démontre éloquemment l'ampleur des contraintes constitutionnelles qui s'imposent actuellement au Québec dans le domaine linguistique. Ces contraintes empêchent le Québec de se doter des outils dont il estime avoir besoin pour assurer la promotion de la langue française sur son territoire.

Le Québec est donc aux prises, en matière de langue, avec un véritable «carcan constitutionnel», l'empêchant d'agir et d'accomplir sa propre destinée comme il l'entend. Pourtant, nous sommes d'avis que l'enjeu que représente la survie de la langue française en Amérique serait de nature à justifier amplement que le Québec affirme et précise nettement ses propres règles concernant le statut et l'usage du français pour les fins provinciales, et s'assure du respect de celles-ci. C'est dans cette optique, d'ailleurs, que nous estimons que le Québec

66. Voir: *Ford c. P. G. (Québec)*, précité, note 51, où la Cour a déclaré inopérant l'article 69 de la Loi 101 (sur la langue des raisons sociales), puisqu'il était contraire à l'alinéa 2b) (liberté d'expression) de la Charte de 1982. Le même raisonnement pouvait également être appliqué à l'égard de l'article 58 de la Loi 101, en matière de langue de l'affichage public et de la publicité commerciale.

67. Il s'agit de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1993, ch. 40. Comme l'affirment les notes explicatives accompagnant cette loi modificatrice, celle-ci vise à harmoniser certaines des dispositions de la Loi 101 relatives à la langue de la législation et de la justice, à la langue du commerce et des affaires et à la langue de l'enseignement avec les décisions de la Cour suprême du Canada dont nous avons déjà parlé: voir *supra*, notes 64, 65 et 66.

Évidemment, l'une des mesures les plus importantes de la Loi de 1993 en cause consiste à avoir permis l'usage d'une langue autre que le français dans l'affichage public et la publicité commerciale, «pourvu que le français y figure de façon nettement prédominante»: voir l'art. 18 de la Loi modificatrice, remplaçant les articles 58 à 58.2 de la Loi 101 par un nouvel article 58. «Notons cependant que ce nouvel article contient notamment les dispositions suivantes: Toutefois, le gouvernement peut déterminer, par règlement, les lieux, les cas, les conditions ou les circonstances où l'affichage public et la publicité commerciale doivent se faire sans prédominance du français ou uniquement dans une autre langue.»

Voir également, à titre de mesures particulièrement importantes, l'article 22 de la Loi de 1993, modifiant les dispositions de la Loi 101 en matière de raisons sociales, ainsi que les articles 23 à 35 de la Loi de 1993, modifiant la Loi 101 en matière de langue de l'éducation.

pourrait légitimement -- en tenant compte des besoins ressentis et du contexte social -- poursuivre les objectifs suivants:

1. Chercher à affirmer l'existence et à promouvoir le développement d'une seule langue officielle, le français, la langue nationale du Québec.

Il s'agit essentiellement ici de reconnaître que la langue française constitue un élément essentiel de l'identité nationale du Québec, que cette langue appartient au patrimoine québécois et qu'elle se doit d'être la langue officielle de la vie publique nationale au Québec. Comme devait en effet l'affirmer le préambule de la Loi 101:

Langue distinctive d'un peuple majoritairement francophone, la langue française permet au peuple québécois d'exprimer son identité.

La législation québécoise en matière de langue ne doit donc pas être envisagée comme étant une simple composante du bilinguisme canadien, ni comme en étant le prolongement dans les matières relevant de la compétence du Québec, mais bien plutôt comme le plus précieux outil dont disposent les francophones en Amérique pour exprimer ce qu'ils sont, pour faire valoir leur identité nationale.

2. Adopter et mettre en oeuvre des politiques d'intégration à la langue et à la culture françaises, destinées particulièrement aux nouveaux arrivants.

3. Chercher à consacrer le français comme étant le véhicule privilégié des relations économiques.

Plus particulièrement, il s'agirait de reconnaître le droit à l'information commerciale en français. Ainsi, le français serait reconnu comme étant la langue obligatoire de la publicité commerciale imprimée. Une traduction dans une autre langue serait néanmoins permise, mais à la condition que le français soit aussi lisible et intelligible que celle-ci.

Le français serait également consacré comme étant la langue exclusive de l'affichage commercial, à tout le moins à l'extérieur des commerces, et des raisons sociales. Il nous semble en effet que ces deux volets de la vie sociale québécoise sont étroitement liés à la capacité du Québec d'intégrer les nouveaux arrivants à la langue et à la culture françaises, voire à sa capacité d'assurer la cohésion de la nation québécoise et de donner à la province un visage français.

4. Confirmer l'enseignement du français comme étant l'une des missions fondamentales de l'État québécois.

5. Renforcer le rôle de la langue française en matière de développements scientifiques et technologiques.

6. Renforcer le rôle de la langue française en matière de présentations de programmes de radio ou de télévision.

7. Renforcer le droit de travailler en français.

La poursuite des objectifs susmentionnés requiert évidemment que le Québec ne cesse de lutter pour la préservation, voire l'accroissement ou l'affirmation de son autonomie dans des secteurs clés pour la vie sociale, comme par exemple la langue, la culture, l'éducation, les affaires sociales, l'immigration, la radiodiffusion et les relations de travail.

Mais ce dernier point soulève en lui-même toute la question de savoir comment concilier les intérêts de la majorité francophone du Québec avec ceux des minorités francophones des autres provinces canadiennes. Il appert en effet qu'alors que la majorité québécoise recherche avidement l'accroissement de ses pouvoirs législatifs, les minorités francophones du pays espèrent pour leur part l'adoption de normes constitutionnelles protectrices à l'encontre de l'autonomie culturelle et linguistique des provinces à majorité anglophone.

On comprend aisément, dès lors, jusqu'à quel point il est impérieux que ce dilemme, qui a pour effet de diviser la communauté francophone de tout le pays, soit résolu et que le Québec saisisse l'occasion pour redéfinir ses liens avec les francophones du «reste du Canada».

QUATRIÈME PARTIE : LES RAPPORTS ENTRE LES FRANCOPHONES DU QUÉBEC ET CEUX DES AUTRES PROVINCES CANADIENNES

Le Québec n'a pas toujours cherché à établir des ponts avec les francophones qui vivent et s'expriment à l'extérieur de son territoire. On constate même que, depuis un certain nombre d'années, les liens entre ces deux communautés sont de moins en moins nourris. Il faut bien admettre cependant que les intérêts de chacune d'elles sont souvent en complète opposition, comme devait d'ailleurs le souligner le professeur José Woehrling⁶⁸. Par ailleurs, on constate que les francophones «hors Québec», comme on se plaît souvent à les appeler, délaissent de plus en plus le concept de «Canada français», auquel ils étaient pourtant historiquement associés, et cherchent à définir d'une nouvelle façon leur appartenance culturelle et linguistique à la vie française en Amérique.

Pourtant, les communautés francophones qui se retrouvent en situation minoritaire au Canada ont besoin d'un Québec fort et respecté, puisque l'essor de la francophonie au Canada dépend essentiellement du Québec et de sa vitalité. En effet, il appert que, par suite de la répartition territoriale des francophones au Canada, seul le Québec, «une province pas comme les autres», peut accomplir cette délicate mission que constitue le fait d'assurer la survivance de la francophonie en Amérique.

Mais le Québec aussi a besoin des minorités francophones du Canada, s'il ne veut pas devenir un ghetto. On constate cependant que, avec le temps, le gouvernement du Québec s'est coupé des communautés francophones minoritaires (les Acadiens, les Franco-Ontariens, les Franco-Manitobains, etc.), en se faisant le défenseur d'un nationalisme trop souvent exclusif et insensible aux préoccupations de ces dernières.

68. Voir J. WOEHRLING, *La Constitution canadienne et les droits linguistiques: convergences et divergences entre les intérêts des Québécois francophones, de la minorité anglo-québécoise et des minorités francophones du Canada*, Communication présentée dans le cadre du Colloque intitulé *Les droits linguistiques au Canada: collusions ou collisions?*, tenu par le Centre canadien des droits linguistiques à Ottawa, du 4 au 6 novembre 1993, pp. 53-55.

Lorsque le nationalisme québécois se donne comme mandat de réaliser la pleine souveraineté juridique et politique du Québec, l'insouciance ou l'indifférence à l'égard du sort des minorités de langue française du Canada peut se comprendre, à la limite⁶⁹. Mais lorsque le nationalisme québécois repose sur le désir d'assurer au Québec un statut particulier au sein du fédéralisme canadien, voire de lui donner un statut d'égalité avec le Canada anglais, alors l'exclusion des francophones minoritaires au Canada nous paraît être une grave erreur.

Il nous semble en effet que la dualité canadienne, ainsi que le concept des deux peuples fondateurs sur lequel cette dualité repose, commandent que les rapports linguistiques et culturels au Canada soient envisagés sous un angle pan-canadien, plutôt que sous un angle strictement québécois⁷⁰. C'est-à-dire que la dualité devrait être abordée dans une perspective «Canada français\Canada anglais», plutôt que simplement «Québec français\Canada anglais». De cette façon, certains anglophones du Canada seront un peu moins tentés de définir le bilinguisme comme signifiant un Québec français (avec d'importants privilèges pour sa minorité) et le «reste du Canada», anglais.

Au fond, peut-être la meilleure façon de concilier les intérêts de la majorité québécoise avec ceux des minorités francophones des autres provinces

69. ... ce qui ne veut toutefois pas dire que cette même insouciance ou indifférence soit pour autant acceptable, ni qu'elle soit généralisée parmi les sécessionnistes québécois. À cet égard, il peut être intéressant de noter que le Parti Québécois se donne actuellement pour politique, advenant la sécession du Québec, de «veiller à aménager un cadre de coopération active entre le Québec et les minorités francophones du Canada [...]»: voir *Le Québec dans un monde nouveau* (Conseil exécutif national du Parti Québécois), Montréal, V.L.B. Éditeur et le Parti Québécois, 1993, p. 77. C'est ainsi que le Québec pourrait songer, advenant son accession à la pleine souveraineté étatique, à négocier avec les gouvernements du Canada anglais des accords de réciprocité en vertu desquels les différents signataires s'engageraient à reconnaître des droits et privilèges comparables aux minorités de langue officielle placées sous leurs juridictions respectives: voir J. WOEHRLING, «Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec», dans *Éléments d'analyse institutionnelle, juridique et démolinguistique pertinents à la révision du statut politique et constitutionnel du Québec*, Québec, Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, document de travail no 2, 1991, p. 63. Il y a lieu de prendre connaissance également des mesures qui figurent dans le Programme du Parti Québécois intitulé *Des idées pour mon pays*, Montréal, le Parti Québécois, 1994, pp. 25 et 28.

70. Sur cette question, il y a lieu de voir: J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 68, pp. 49-52.

canadiennes consisterait-elle, comme devait le suggérer le professeur José Woehrling, ...

«... à introduire dans les dispositions constitutionnelles susceptibles d'avoir un effet sur les droits linguistiques un élément d'asymétrie qui permettrait d'en limiter les effets en ce qui le concerne [le Québec], tout en autorisant leur pleine application dans le reste du Canada»⁷¹.

Souhaitons que la situation ci-haut décrite se réalise un jour, tout en demeurant toutefois résolument réalistes quant aux minces chances qu'il en soit ainsi.

Mais souhaitons également que les liens entre les francophones du Québec et ceux des autres provinces canadiennes soient redéfinis à la lumière d'un nouveau concept à la fois moderne et englobant. Après tout, les francophones de tout le Canada, majoritaires ou minoritaires, n'ont-ils pas en commun cette volonté de survivre malgré les forces et les pressions d'un environnement qui leur est parfois hostile, souvent indifférent?

CONCLUSION

Nous avons tenté, dans le présent texte, de jeter un éclairage sur les rapports fondamentaux qui existent entre les communautés francophones et anglophones du Canada.

C'est ainsi que nous avons souligné jusqu'à quel point cette réalité historique et sociologique qu'est le caractère distinct du Québec expliquait l'ensemble des relations linguistiques et culturelles au pays, et impliquait une définition du Canada en tant qu'État «bi-national». Nous avons affirmé par ailleurs que le Québec, en tant qu'assise de la francophonie en Amérique, avait des responsabilités particulières, des devoirs que n'avaient pas les autres provinces canadiennes. Nous avons vu enfin que la personnalité distincte du Québec était intimement liée à son droit à l'autodétermination politique sur la scène internationale.

71. *Id.*, p. 55.

En fait, nous croyons que l'égalité des deux grandes communautés linguistiques composant ce pays devrait être consacrée en tant que pilier du fédéralisme canadien. Dans le contexte québécois cependant, cette recherche de l'égalité pourrait entraîner la reconnaissance législative de la prééminence de la langue française sur la langue anglaise, voire de son usage exclusif dans certains secteurs de la vie sociale. La langue française est en effet fortement menacée en Amérique et a besoin de cette même reconnaissance pour que s'installe une plus grande égalité, dans les faits, entre les deux langues officielles au Canada.

Bien entendu, c'est le vieux rêve dualiste, que tant de Québécois ont caressé au fil des ans, qui permet d'envisager un tant soit peu l'égalité des deux communautés de langue officielle au Canada. Pourtant, ce rêve s'est brisé, quelque part après 1982, contre les récifs d'un fédéralisme canadien devenu inflexible et insensible aux aspirations du Québec. Comme devait en effet l'affirmer le professeur Guy Laforest:

«Ce qui rend suranné notre rêve canadien, et impossible la dualité, c'est le désir, dans la logique du système fédéral canadien, de broyer la dimension collective de l'identité des Québécois»⁷².

L'heure des choix pourrait bien sonner à nouveau pour le Québec, puisqu'il est possible que l'option sécessionniste soit soumise à l'examen des Québécois à l'occasion d'un référendum prévu pour 1995. Si tel devait être le cas, il est plausible de penser que les forces fédéralistes tenteront d'offrir une alternative aux Québécois en relançant la question de l'aménagement de l'Union canadienne, voire en rouvrant le dossier de la réforme constitutionnelle au Canada. Quoi qu'il en soit, le Québec se trouvera vraisemblablement placé, une fois de plus, devant son «destin national», et devra s'autodéterminer en fonction de ce qu'il jugera être le plus approprié pour son avenir.

Souhaitons simplement que le Québec ait la sagesse, quel que soit le choix qu'il s'apprête à poser, de chercher à édifier les bases d'une cohabitation harmonieuse avec sa minorité anglophone. Celle-ci, en effet, doit continuer de

72. G. LAFOREST, *op. cit.*, note 44, p. 15.

faire partie intégrante de la société québécoise. Par ailleurs, non seulement les droits individuels des membres de la minorité anglophone doivent-ils être reconnus dans la mesure la plus large possible, mais en plus celle-ci doit-elle pouvoir continuer de compter sur un ensemble d'institutions scolaires, sociales et culturelles propres à assurer son dynamisme.

Mais souhaitons également que le Québec ait la sagesse de chercher à renouer des liens féconds avec la minorité française des autres provinces canadiennes. Les francophones de tout le pays, en effet, sont appelés à participer au même projet collectif: assurer la survie et l'épanouissement du français au Canada. Cette mission, pour exaltante qu'elle soit, ne pourra toutefois s'accomplir qu'à la condition d'être soutenue par un vaste réseau de solidarité. Ceci implique notamment que le nationalisme québécois soit ouvert sur l'extérieur et que le Québec soit en étroite relation avec ses partenaires privilégiés en Amérique: les francophones vivant en situation minoritaire.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES ENJEUX DE LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE D'IDENTIFICATION
PAR ADN DANS LE SYSTÈME PÉNAL CANADIEN

Auteur(s) : Marie Angèle GRIMAUD

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 2

Pages : 293-345

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13372>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13372>

Page vide laissée intentionnellement.

LES ENJEUX DE LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE D'IDENTIFICATION PAR ADN DANS LE SYSTÈME PÉNAL CANADIEN*

par Marie Angèle GRIMAUD**

La lutte contre la criminalité repose de plus en plus sur des méthodes efficaces et modernes d'identification. L'une de ces méthodes fait appel à l'identification par ADN considérée comme un moyen récent pour découvrir la vérité. Dès lors, il paraît légitime d'examiner la pratique juridique qui, en l'absence d'un cadre normatif, peut susciter des inquiétudes non seulement au plan de l'application technique mais surtout à celui du respect des droits fondamentaux. Sans prêcher un positivisme «excessif», il nous semble que des modifications ou des ajustements à la législation actuelle sont souhaitables afin de favoriser l'intégration de cette preuve dans notre système juridique.

-
1. Ce texte est à jour au 30 juin 1994 et constitue une version élaborée du rapport de synthèse présenté en décembre 1992 dans le cadre du doctorat en droit de l'Université de Montréal.
 2. Chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, assistante de recherche au Centre de Recherche en Droit Public de l'Université de Montréal. L'auteure désire remercier vivement les professeurs Bartha Maria Knoppers, Pierre Patenaude, Louise Viau et le Docteur Léo Lavergne de la Direction des Expertises Judiciaires pour leurs commentaires. La rédaction de cet article a été rendu possible grâce à l'appui financier du FRSQ.

The war on crime depends increasingly upon more effective methods of identification. One such method utilizes DNA typing as a means of determining the truth. Accordingly, this technique merits legal scrutiny, considering the fact that the absence of a normative framework raises concerns not only as to its technical applications but also with regard to the protection of fundamental rights. Without going so far as to adopt a strongly interventionist posture, the writer argues that some changes to existing law are desirable in order to facilitate the integration of this type of evidence into our legal system.

(1994) 24 R.D.U.S.	<i>Les enjeux de la recevabilité de la preuve d'identification par ADN dans le système pénal canadien</i>	295
--------------------	---	-----

SOMMAIRE

INTRODUCTION	297
I- APERÇU TECHNIQUE DE LA MÉTHODE	301
A- Le substrat : l'ADN	301
B- Les techniques d'identification génétique	304
1- Les méthodes d'analyse proprement dites	304
1.1. La méthode de Southern	304
1.2. La méthode d'amplification ou <i>PCR</i>	305
2- La fiabilité des méthodes d'identification génétique	307
2.1. Les nombreux avantages liés au carac- tère intrinsèque du matériel utilisé	307
2.1.1. La facilité dans la cueillette des éléments de preuve à cause de :	307
2.1.2. La simplicité de visualisation	308
2.1.3. La certitude d'appariement basée sur la concordance des échantillons	308
2.1.4. La force de probabilité de préci- sion et d'individualisation	309
2.1.5. La discrimination évidente	309
2.1.6. La rapidité des analyses	310
2.2. Les problèmes potentiels	310
2.2.1. Les questions techniques	310
2.2.2. Les questions d'expertise et d'interprétation	311
II- LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE D'IDENTIFICA- TION PAR ADN EN DROIT PÉNAL CANADIEN	314
A- État actuel de l'admissibilité de la preuve d'identification par ADN	315
1- La théorie de <i>Frye</i>	316
1.1. La théorie de l'acceptation générale scientifique	316

1.2.	Le rejet de la théorie de <i>Frye</i>	317
2-	La théorie de la pertinence	318
2.1.	La discrétion judiciaire	319
2.2.	L'impact de la Charte	320
B-	Critères de pertinence et d'utilité : critères élaborés par la jurisprudence	322
1-	Utilité comme preuve matérielle et comme témoignage d'expert	324
2-	Valeur probante de la preuve	324
2.1.	Probabilité et langage	325
2.2.	Preuve hors de tout doute raisonnable . . .	326
III-	LA PREUVE D'IDENTIFICATION PAR ADN ET LES DROITS ET LIBERTÉS	327
A-	Le respect de la dignité humaine	328
1-	Les droits fondamentaux	328
1.1.	Le droit à l'intégrité	329
1.2.	Le droit à la vie privée	331
1.2.1.	La Conservation des échantillons et la constitution des banques de données	332
1.2.2.	Le droit à la confidentialité	335
1.3.	Le droit à la non-discrimination	335
2-	Les droits de la défense	336
B-	Nécessité d'un encadrement	337
1-	Débat éthique et mécanismes de gestion sociale	337
1.1.	Assises prospectives	338
1.2.	La communication	340
2-	Assises de droit positif	341
2.1.	Droit comparé	341
2.2.	Proposition d'une législation au Canada	342
	CONCLUSION	344

(1994) 24 R.D.U.S.

*Les enjeux de la recevabilité
de la preuve d'identification par ADN
dans le système pénal canadien*

297

INTRODUCTION

L'observation du système pénal met en évidence deux démarches complémentaires : d'une part, une vocation de justice et de maintien de l'ordre public et d'autre part, un objectif d'efficacité et d'intimidation (il faut réprimer et prévenir le délit ou le crime; c'est à dire ôter au criminel les raisons d'une récidive et «détourner les autres de suivre son exemple»¹). Dès lors, la preuve² acquiert une importance capitale dans le procès pénal, du fait qu'elle peut entraîner soit la condamnation, soit la relaxe ou l'acquittement. Les moyens de preuve utilisés sont nombreux, diversifiés et les méthodes s'affinent au fur et à mesure que la science avance. L'avènement des preuves dites scientifiques est relativement récent. De ce fait, ces nouveaux modes de preuve axés sur la science sont encore mal perçus par le monde juridique³. Néanmoins, le phénomène commence à retenir l'attention depuis qu'une percée biotechnologique récente provoqua, tant de la part des citoyens que des professionnels de la police et de la justice, un immense débat. Il s'agit de la preuve d'identification par ADN.

En effet, cette preuve biométrique, mise au point en 1985 par un généticien britannique, Alec Jeffreys, fascine. C'est presque un truisme de dire qu'elle est séduisante et particulièrement prometteuse, non pas seulement parce qu'elle repose sur une biotechnologie de pointe, la génétique, mais surtout parce qu'elle permet, soit de désigner avec une quasi-certitude, de confirmer une identité sans un besoin de témoignage⁴, soit d'exclure une telle identité. Les résultats d'un test d'identification par ADN sont plus significatifs, plus

-
1. Conception utilitariste de la répression pénale que l'on retrouve chez Cesare BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Flammarion, Champs, 1979.
 2. La loi en distingue particulièrement deux sortes : les preuves directes qui établissent la conviction du juge par la simple constatation des faits, et les preuves indirectes qui entraînent la conviction à la fois par l'observation et le raisonnement.
 3. Voir N. LAURENDI, «Opposition to the Admissibility of Lie Detector Test in Criminal Cases», dans E.J. IMWINKELRIED, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2ème éd., New York, Practising Law Institute, 1981, 805, p. 813. Il faut mentionner ici qu'il existe une grande polémique quant au caractère scientifique du polygraphe; la valeur scientifique et la fiabilité de cette technique ne sont pas reconnues de façon générale; voir à ce sujet Céline LACERTE-MONTAGNE, *le polygraphe en droit canadien*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, 1983, pp. 35-46.
 4. La preuve d'identification par ADN individualise en identifiant un ou plusieurs coupables.

informatifs que ceux des techniques biologiques traditionnelles. Dès lors, leurs utilisations se multiplient devant les tribunaux civils et criminels⁵. L'intérêt considérable que suscite cette technique est universel. L'OTA (Office of Technology Assessment) a recensé, en 1990, 15 pays qui ont déjà implanté cette technique chez eux⁶; depuis, quelques autres États se sont joints au groupe⁷. La Grande-Bretagne l'utilise annuellement dans plus de 3000 cas⁸ pour contrôler la véridicité de la parenté en matière d'immigration et y détecter les fraudes. Le domaine des expertises médico-légales n'y échappe pas non plus. En France, la pratique concerne principalement les domaines du droit de la famille⁹ et du pénal; cependant tout récemment ce pays s'est découvert une autre perspective: l'identification des cadavres morcelés des victimes de l'écrasement de l'airbus A-320¹⁰. La police espagnole l'utilise en matière criminelle dans deux instituts médico-légaux¹¹. Curieusement en Belgique, où le phénomène biotechnologique a pris naissance en 1986, un «circuit clandestin»¹² de preuves scientifiques se développe dans le domaine de la paternité. Aux États-Unis, on note une poussée fulgurante dans les procédures de paternité et dans les investigations criminelles: on dénombre 2000 investigations à la fin de 1990. De plus, la méthode a été

-
5. Voir James WATSON, M. GILMAN et al, *Recombinant DNA*, W. H. Freeman and Company, New York, 2ème édition, 1992, p. 563.
 6. OTA, (OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT), *Genetic Witness : Forensic Uses of Data Tests*, Washington, 1990. Ces pays sont : l'Australie, la Finlande, le Danemark, l'Espagne, l'Inde, l'Irlande, le Canada, La Pologne, La France, La Grande-Bretagne, La Suisse, la Suède, l'Allemagne, l'Italie, Israël.
 7. Par exemple, le Japon, le Costa Rica; ce dernier a envoyé des biologistes se familiariser aux États-Unis avec cette méthode (Voir Ronald MOYA CHACON «La Genetica Lucha contra el Crimen» *La Nacion Costa Rica*, 27 janvier 1992, p. 10.
 8. James WATSON, M. Gilman et al., *op. cit.*, note 5, p. 563.
 9. Les empreintes génétiques servent à clarifier les relations familiales en cas de contestation (en matière de filiation naturelle) ou de doute (consanguinité qui constitue un empêchement au mariage selon les articles 161 à 163 du code civil français) : voir Jean-Christophe GALLOUX, «L'empreinte génétique : la preuve parfaite», (1991) *JCP*, 1, 3497, 106-107; Voir aussi N. LENOIR, *Aux frontières de la vie : paroles d'éthique*, Paris, La documentation Française, 1991, p. 71 pour un exemple d'échange ou de mélange de nouveaux-nés dans un hôpital.
 10. Jean-Yves NAU, «Les victimes de la catastrophe du mont Sainte-Odile ont été identifiées grâce aux empreintes génétiques», *Le Monde*, 31 mars 1992, p. 32.
 11. N. LENOIR, *op. cit.*, note 9, p. 424.
 12. Christiane HENNAU-HUBLET, «Les demandes officieuses de comparaison d'empreintes génétiques et le droit de la filiation», (1991) 72 *Athéna*, pp. 35-36.

admise dans 45 États¹³. Au Canada, ses domaines d'application sont actuellement la filiation, le domaine des infractions criminelles et le secteur de l'immigration¹⁴. Quatre laboratoires publics¹⁵ et une entreprise privée¹⁶ se partagent pour l'instant le marché.

Quoique l'usage de cette méthode d'investigation soit encore restreint, il ne fait aucun doute qu'elle sera utilisée de plus en plus par les autorités policières soucieuses d'arrêter le plus rapidement les suspects afin de les traduire devant les tribunaux criminels.

En matière criminelle, cette preuve est particulièrement utile dans les causes de meurtres, de viols ou d'agressions sexuelles, de vols qualifiés, de crimes en série et de crimes non résolus où il n'est pas facile de trouver des preuves sur la base des méthodes traditionnelles. De toute évidence, la fonction utilitaire est la même que celle de la méthode traditionnelle des empreintes digitales; au Canada, cette dernière est déjà régie par la *Loi sur l'identification des criminels*. En effet, les empreintes digitales et les empreintes génétiques partagent plusieurs caractéristiques communes : même nature de preuve, même procédure technique, mêmes problèmes d'interprétation, mêmes craintes pour le respect des droits fondamentaux etc...

L'administration judiciaire canadienne se trouve donc confrontée à l'admissibilité de la preuve d'identification génétique sur laquelle elle doit trancher, ce avant même qu'aucune norme ne soit votée sur les exigences de contrôle de cette technique, son champ d'application, les mesures de cueillette et de conservation des échantillons et la mise en banque des informations recueillies.

13. OTA, *op. cit.*, note 6, p. 14.

14. Le laboratoire *Hélix Biotech*, en Colombie Britannique, qui détient le brevet de *Lifecodes*, offre ces tests pour 975\$ par cas et les résultats sont acceptés par le ministère de l'Immigration du Canada en vertu de la politique IS 1.26 et de l'amendement IS 45.

15. Ce sont : le laboratoire central d'analyse judiciaire de la GRC à Ottawa, le *Center of Forensic Science* à Toronto, la direction des expertises judiciaires à Montréal, une filiale de la GRC à Edmonton et une autre à Halifax.

16. Il s'agit du laboratoire *Hélix Biotech* : *supra*, note 14. Celui-ci vient d'ouvrir tout récemment un bureau de représentation à Montréal.

Pourquoi donc cet engouement social et mondial pour cet outil biotechnologique? Pourquoi abandonner les systèmes traditionnels d'identification pour cette technique hautement complexe? Quels avantages apporte-t-elle ou apportera-t-elle à nos tribunaux canadiens? Constitue-t-elle une meilleure solution à nos problèmes d'identification¹⁷? Rencontrera-t-elle des objections à son admissibilité dans notre droit de la preuve et quel poids doit-on lui accorder en matière criminelle?

Comment concilier le progrès biotechnologique et les valeurs fondamentales de la société canadienne? Quelle sorte d'instrument juridique devrait émerger à l'égard de ce progrès technologique?

Autant d'interrogations auxquelles il nous faut répondre en déterminant «le pourquoi et le comment» d'une admission des résultats de cette technique qui, peut-être, «révolutionnera» le système pénal, dans notre système accusatoire. La question est d'actualité et aussi pressante, vu le nombre de cas qui affluent devant nos tribunaux tant au Québec qu'au Canada. On ne peut ignorer non plus l'aspect médiatique sensationnel de cette méthode traduit par les titres suivants : «L'empreinte de vos doigts est plus facile à cacher que votre empreinte génétique»¹⁸; «Sida, les empreintes génétiques permettraient d'identifier à coup sûr qui contamine qui»¹⁹; les empreintes génétiques «reine des preuves»²⁰. Ainsi, les médias de masse ont mis l'accent sur l'aspect le plus spectaculaire de la preuve d'identification, créant de ce fait des imaginaires sociaux²¹.

17. L'identification par témoin oculaire et le défilé d'identification sont les types de preuve les plus susceptibles d'entraîner une erreur judiciaire, à cause de leur fiabilité minime.

18. *La Presse*, 30 août 1992, p. B 6.

19. *Le Devoir*, 23 juillet 1992, p. 3.

20. Gilbert CHARLES, «Génétique : tous en fiches», (1992) *Express*, 20 mars, p. 46.

21. Les médias d'information, en présentant un discours-spectacle de la preuve d'identification par ADN, amènent le public profane à se construire des représentations bien différentes de la réalité; ainsi la preuve d'identification est imaginée comme un outil tout puissant capable de contrôler totalement et efficacement la criminalité. Or, imaginaires sociaux et représentations sociales ne se conçoivent pas «indépendamment les uns des autres» mais évoluent «plutôt sous un même toit dans un rapport symbiotique». Voir Caroline MEUNIER, *les représentations sociales et les imaginaires sociaux de la nouvelle génétique tels que perçus à travers les différents niveaux de la vulgarisation écrite*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, 1993, pp.143 et ss.

Quoiqu'il en soit, le débat juridique et éthique est lancé à travers le monde avec, en toile de fond, un cadre bien défini à ce moyen de preuve. Des instances juridiques, législatives et éthiques de plusieurs pays ont donc commencé à réagir sous forme de recommandations, de rapports ou de règles juridiques. De ce fait, il nous semble que le droit pénal canadien ne doit pas rester en «poste d'observation». Il lui faut adopter une perspective réaliste à l'égard de cette preuve qui est susceptible d'être largement utilisée dans l'avenir.

Pour les besoins de notre analyse, nous allons d'abord présenter une esquisse de l'aspect technique de la méthode d'ADN puisque sa force probante devant les tribunaux en dépend **(I)**. Par la suite, nous aborderons le cadre conceptuel de cette méthode, c'est-à-dire les principes qui devraient sous-tendre la recevabilité au Canada d'une telle preuve **(II)**. Enfin, nous discuterons des pratiques normatives qui devraient encadrer l'utilisation de cette nouvelle preuve dans la perspective d'un équilibre entre l'intérêt public et le droit des citoyens **(III)**.

I- APERÇU TECHNIQUE DE LA MÉTHODE

La méthode qui permet d'identifier une personne par examen génétique est assise sur un axiome scientifique cartésien : l'unicité génétique. Le substrat en est l'ADN **(A)**. Ici, on n'agit pas sur le gène, on rend seulement visible l'information en se concentrant sur les fragments de la molécule d'ADN qui diffère d'un individu à un autre. Pour parvenir à cette fin, différentes techniques existent sur le marché **(B)**.

A- Le substrat : l'ADN

La découverte de l'ADN en 1940 et de sa structure en 1953 a permis de comprendre le mystère de l'hérédité. L'ADN est une molécule très importante présente dans les cellules vivantes puisqu'elle constitue le support matériel de l'information génétique. L'ADN se trouve principalement dans toute cellule nucléée; par voie de conséquence les globules rouges, cellules anucléées contenant de l'hémoglobine, ne possèdent pas d'ADN. L'ADN ainsi analysé est appelé l'ADN nucléaire. Cependant, il arrive qu'on retrouve aussi de l'ADN dans d'autres structures extra-nucléaires (à l'extérieur du noyau), notamment dans les mitochondries, structures qui se trouvent dans le cytoplasme et qui sont

essentiellement une source énergétique. Cet ADN mitochondrial est, selon certains auteurs, plus facile à détecter que l'ADN nucléaire²². Il faut cependant noter cette particularité de l'ADN mitochondrial à savoir qu'il ne se transmet que par les femmes et est plus sensible à des mutations²³.

Structurellement, l'ADN a la forme d'une spirale à double hélice formée de deux brins complémentaires qui sont orientés dans des directions opposées mais qui sont reliés entre eux par des liaisons d'hydrogène. Chaque brin est composé de 4 nucléotides ou bases symbolisées par leur première lettre : guanine (G), adénine (A), thymine (T) et cytosine (C). Celles-ci s'apparient deux à deux et uniquement selon une séquence bien définie : A avec T et G avec C et vice-versa. Ces paires de bases sont au nombre de 3,3 milliards, entrent dans la composition des 50 000 à 100 000 gènes qui composent le génome humain et sont réparties sur nos 23 paires de chromosomes. Des trois milliards de paires de bases composant la cartographie humaine, seulement trois millions diffèrent entre deux individus, soit 10%. L'ADN contient des régions codantes (*exons*) et des régions non codantes²⁴ (*introns*). Contrairement aux séquences codantes, les non codantes montrent uniquement l'organisation génétique propre à chaque individu et ne révèlent aucune maladie héréditaire ni aucune prédisposition. Ces séquences non codantes présentent des variations d'un individu à un autre et sont utiles pour la technique d'identification à l'ADN. En principe la composition de l'ADN d'un individu ne varie pas d'une cellule à une autre, qu'elle provienne du sang, de la salive ou des cheveux, car l'ADN est une molécule de l'hérédité.²⁵ On compare cette molécule à «une bibliothèque biochimique fermée à l'intérieur de chaque cellule, et qui détermine les caractéristiques de chaque personne»²⁶. L'ADN confère donc à chaque être humain son individualité. On parle d'unicité

22. Agence France-Presse, «Est-ce la fin du mystère de la famille Romanov?» *La Presse*, 10 juillet 1993, p. A 20.

23. Le taux de mutation est de 10 fois supérieur à celui de l'ADN nucléaire.

24. La fonction de ces régions non codantes est encore largement inconnue.

25. Grâce aux travaux du moine autrichien Gregor Mendel on a pu établir que les unités de l'hérédité ou gènes sont localisés sur les vingt-trois paires de chromosomes (vingt-deux paires de chromosomes autosomales, identiques chez les hommes et les femmes, et une paire de chromosomes sexuels). Ces gènes proviennent pour moitié du père et pour moitié de la mère et sont transmis fidèlement sauf en cas de mutations. Les gènes étant composés chimiquement d'ADN, on peut donc déduire que l'ADN est la clé du pouvoir de l'hérédité.

26. Mark J. FUHRMAN, *DNA Fingerprinting Admissible under Frye*. Mémoire de MA, University of Nevada, Reno, 1989, p. 1.

génétique pour chaque individu, exception faite des jumeaux homozygotes ou identiques²⁷.

L'ADN en tant que matériel génétique possède les propriétés suivantes : il stocke l'information biologique, la transmet avec le minimum d'erreur à la cellule en fonction des besoins de celle-ci, réplique fidèlement cette information pendant la croissance de l'individu et la transmet de génération en génération. Ces propriétés expliquent la disponibilité et la similitude de l'information quel que soit l'élément biologique utilisé chez un même individu. Elles sont aussi à la base de l'efficacité des tests d'identification qui mettent en évidence le polymorphisme.

L'identification génétique en matière criminelle se divise en deux étapes : procéder d'abord à la typologie des divers échantillons (ceux relevés sur le lieu du crime et ceux du ou des suspects), ensuite comparer ces typologies. Ces deux procédés ne sont pas nouveaux²⁸; en conséquence nous n'entreprendrons pas une étude de ces phases. Nous nous attacherons plutôt aux grandes procédures d'analyse qui permettent de lire le code génétique de l'individu.

B- Les techniques d'identification génétique

La génétique facilite l'accès à l'identité par le biais de techniques dont les principales sont : la méthode Southern encore appelée technique du polymorphisme de restriction ou *Restriction Fragment Length Polymorphism (RFLP)* et celle de l'amplification désignée communément sous le vocable de PCR (*Polymerase Chain Reaction*) (1). On devine aisément l'impact d'une telle révélation à partir d'éléments biologiques infimes. D'où l'importance de la fiabilité et d'un contrôle rigoureux des techniques (2).

27. Conal MULLEN, «DNA Tests Proved Twin Sisters Are Identical» (1992) *Edmonton Journal*, August 23, p. 11.

28. Ces procédés sont déjà utilisés depuis plusieurs années par les services de l'identité judiciaire.

1- Les méthodes d'analyse proprement dites

1.1. La méthode de Southern

C'est pour l'instant l'outil le plus largement utilisé pour analyser les échantillons biologiques dans le domaine des sciences criminelles²⁹. L'analyse du polymorphisme de restriction par la méthode de Southern permet de percevoir les différences de taille des fragments d'ADN à des endroits spécifiques du code génétique. Cette méthode connue sous l'abréviation de *RFLP* utilise un couple de sonde et d'enzyme de restriction pour montrer la variabilité des minisatellites entre les individus. Elle comprend plusieurs étapes : l'extraction de l'ADN à partir de l'échantillon, la digestion de l'ADN en fragments par les enzymes de restriction, la séparation des fragments d'ADN par électrophorèse, la séparation des deux brins de molécules qui seront fixés sur une membrane en nylon, l'hybridation de la région suspectée avec une sonde marqueur, la visualisation de l'image obtenue sur autoradiogramme et l'interprétation des résultats. Deux sortes de sondes sont utilisées par les laboratoires :

- Les sondes multilocus mises au point par Jeffreys. Celles-ci sont capables de détecter de nombreux fragments d'ADN simultanément chez un individu et la fréquence de bandes communes entre des individus, d'où la qualification d'empreintes génétiques. Ces sondes exigent une grande quantité d'échantillons biologiques contenant une proportion importante d'ADN. La probabilité d'identification dépend du nombre de bandes détectées sur les autoradiographies. Ce type d'analyse est plus fiable dans les recherches de paternité.
- Les sondes monolocus, quant à elles, sont plus adaptées pour l'identification en criminalistique. Ici les minisatellites sont visualisés sur un seul site à la fois. Moins discriminatives que les sondes multilocus, elles montrent en échange des images parfaitement nettes.

29. La nouvelle technique de *PCR* modifiera probablement ce schéma à cause des nombreux avantages qui y sont reliés. Déjà cette technique est mise en place dans de nombreux laboratoires dans le but d'optimiser leur rendement. Pour plus de détails sur les avantages de cette technique, voir 1.2. la méthode d'amplification ou *PCR*.

Le calcul de probabilité est basé sur des études de populations permettant d'apprécier la fréquence des allèles sur un locus donné. La probabilité sera donc d'autant plus petite que les allèles observés sont rares.

Que ce soit avec les sondes multilocus ou monolocus la durée de l'identification par la méthode du polymorphisme de restriction est considérable : 3 semaines environ pour un multilocus et 8 à 10 semaines avec une sonde monolocus; la quantité de matériel à manipuler est substantielle et la qualité de l'ADN doit être remarquable. Cette technique ne peut donc être utilisée pour tous les types d'échantillons. En effet, sur les lieux du crime on retrouve parfois très peu d'échantillons biologiques ou du matériel contenant une quantité minimale d'ADN³⁰. La *PCR* vient donc contrer ces limites matérielles et permet de procéder à l'identification.

1.2. La méthode d'amplification ou *PCR*

Elle marque un bond technologique dans le domaine de la génétique. Pour beaucoup de scientifiques, c'est la technique qui permettra de dresser la carte génétique. Elle permet la synthèse de milliers de copies d'une séquence spécifique (inférieure ou égale à 2kb) d'ADN à l'aide d'une enzyme, la Taq polymérase. C'est un procédé de choix qu'on emploie dans les investigations criminelles lorsque les éléments matériels trouvés sont de quantité très infime rendant ainsi impossible l'analyse par la méthode de RFLP. On peut aussi traiter en même temps un très grand nombre d'échantillons. Ici la technique de l'analyse est de déterminer la constitution allélique des échantillons. La *PCR* est un outil de typage qui permet de court-circuiter certaines étapes de l'analyse³¹, car elle est fondamentalement basée sur des variations thermiques rendant possible la réalisation de tous les cycles dans un même tube. L'amplification exponentielle n'exige pas de l'ADN hautement purifié ni un haut rendement d'ADN pour

30. L'ADN peut être dégradé par les éléments naturels (la lumière, l'humidité, la moisissure etc...); les cellules peuvent être détruites par des bactéries ou des virus; ces limites ne sont pas associées spécifiquement aux échantillons trouvés sur les lieux du crime, puisque chez les malades du sida, il peut avoir aussi un faible pourcentage (1 sur 100 000) de globules rouges contenant des séquences d'ADN.

31. L'étape du clonage est ici inutile.

pouvoir donner un signal détectable pour l'identification. L'identification est obtenue très rapidement (trois jours au plus), ce qui est pratique. De même, les résultats se présentent sous forme de code digital pouvant être stockés directement sur ordinateur. Cette méthode tend à remplacer la méthode de Southern même si elle a des faiblesses techniques inhérentes³² à son extraordinaire capacité d'amplification.³³

Actuellement, Jeffreys cherche à élargir les possibilités d'identification, d'une part, en perfectionnant une technique fondée sur la différence de taille des séquences, et d'autre part, en travaillant sur l'ADN génomique total; de ce fait, il y aura un gain de temps appréciable. Cette dernière trouvaille du généticien, appelée *MVR-PCR*³⁴, fournit des données objectives et permet d'établir des banques de données plus étendues. On lui reconnaît de nombreux avantages entre autres : sensibilité, richesse d'information, stockage et manipulation facile des résultats. Cette méthode est basée sur le fait que chaque minisatellite est composé d'éléments répétitifs différents qui se suivent dans une séquence donnée. Il faut donc montrer cette diversité inter-individuelle. Le «*Digital DNA Typing*» requiert que l'on travaille sur des séquences courtes; ainsi l'ADN dégradé et de très petite quantité peut être utilisé et donner des résultats significatifs; le succès de la technique repose sur l'informatisation puisque les calculs de probabilité sont faits directement par ordinateur. Pour attirante qu'elle soit, cette méthode n'est pas encore opérationnelle et, de toute façon, il faut auparavant juger de sa portée et de sa fiabilité comme il en est des techniques précédemment citées.

2- La fiabilité des méthodes d'identification génétique

Comme pour toute technique scientifique, la fiabilité des différentes méthodes (la méthode de Southern et celle de l'amplification) est jaugée en vertu de leurs avantages et de leurs faiblesses.

32. La contamination, entre autres, est un problème bien réel mais qui peut être détecté par des contrôles négatifs de laboratoire.

33. La *PCR* peut générer des milliards de copies d'ADN à partir seulement d'une séquence.

34. Jean-Claude DREYFUS, «Le typage de l'ADN : vers l'automatisation des empreintes génétiques», (1992) 8 *Médecine/Sciences*, pp. 8-9.

2.1. Les nombreux avantages liés au caractère intrinsèque du matériel utilisé

Six grands types d'avantages peuvent être répertoriés. Ce sont :

2.1.1. La facilité dans la cueillette des éléments de preuve à cause de :

- ***la variété des échantillons*** : contrairement aux tests traditionnels, la méthode de l'identification génétique ne se limite pas à l'analyse d'un seul type de liquide ou de tissus mais compare une molécule commune située dans les cellules de l'organisme. Les matériaux biologiques peuvent donc être de nature diverse (salive, sang, sperme, sécrétions vaginales, urine, peau, rognures d'ongles, pulpe de dent, cheveu, liquide amniotique etc...). De ce fait, il semble plus facile de recueillir des échantillons biologiques que de relever des empreintes digitales³⁵.
- ***la nature des échantillons*** : la source de l'échantillon utilisé pour l'analyse peut être variable (prélèvements frais, vieux, secs, congelés, décomposés) car l'ADN est stable et est extrêmement résistant aux effets de l'environnement. Par exemple, on est arrivé à isoler l'ADN de momies égyptiennes vieilles de plusieurs milliers d'années³⁶.
- ***la petitesse des échantillons*** : la quantité d'échantillon nécessaire pour l'analyse est minime : quelques racines de cheveux³⁷, une quantité

35. Les criminels font attention à ne pas laisser d'empreintes digitales sur les lieux du crime ou s'évertuent à les embrouiller; mais c'est compter sans les traces biologiques. Ainsi sur de la gomme mâchée, on peut trouver de l'ADN; de même on peut en extraire sur un mégot de cigarette : voir Mike KING, «Cigarette Butts Led to Man's Conviction for Killing Neighbor», *(The Montreal) Gazette*, June 4, 1994, p. A-3.

36. James WATSON, M. GILMAN et al., *op. cit.*, note 5, p. 86.

37. Avec la PCR, on peut aller jusqu'à une seule racine.

minimale de sang³⁸, un ongle, 1.5 millilitre d'urine etc. On peut même «envisager une analyse de l'ADN à partir d'une seule cellule»³⁹.

2.1.2. La simplicité de visualisation

La technique d'identification par ADN produit un film rayon X encore appelé autoradiogramme et qui est facile à observer visuellement. En effet, après exposition de la membrane en nylon au rayon X, les sondes radioactives attachées à l'ADN produisent une image qui correspond à leur position sur la membrane en nylon. Ces images se présentent sous forme de taches ou de bandes similaires en apparence aux codes universels visibles sur les emballages de produits. L'étape suivante consiste à examiner à vue d'oeil l'autoradiogramme et à comparer ces bandes pour voir s'il y a superposition entre les bandes de l'échantillon connu et celles de l'échantillon étudié.

2.1.3. La certitude d'appariement basée sur la concordance des échantillons

Un consensus scientifique s'est établi quant à la détermination de l'appariement de deux échantillons. Les fragments d'ADN étant de grosseur différente, on évalue d'abord la longueur des fragments des échantillons inconnus en les comparant, à l'aide d'un ordinateur, aux fragments d'échantillons connus. On se sert donc des chiffres obtenus pour affirmer s'il y a appariement ou non. Les laboratoires appliquent une pondération qui peut aller jusqu'à plus ou moins 2,5%⁴⁰ pour leur calcul, car en réalité les mesures identiques ne sont pas toujours observées. Ainsi, lorsqu'il y a concordance positive des échantillons, on conclut qu'elles proviennent de la même personne et qu'il y a appariement.

38. 0.5 microlitre de sang est suffisant pour la technique de PCR, on parle même «d'une tête d'épingle, alors que pour un test sanguin traditionnel un minimum de 10 ml est requis; ainsi seuls les enfants de plus d'un an peuvent être soumis à un tel prélèvement.

39. Jean-Claude DREYFUS, « les empreintes génétiques : la révolution permanente », (1990) 6 *Médecine /Sciences*, p. 690.

40. Valeur expérimentale qui provient du FBI; mais la GRC applique seulement une pondération de plus ou moins 2,6%. Quant à la direction des expertises judiciaires à Montréal, son taux est de plus ou moins 2,5%; ce qui fait une fenêtre totale de concordance, c'est-à-dire une différence maximale admissible, d'environ 5,1%.

2.1.4. La force de probabilité de précision et d'individualisation

Le calcul de la fréquence des gènes est une étape indispensable. Quand on connaît la fréquence des gènes dans une population donnée, on peut estimer la fréquence du profil étudié. Dans le cas de la preuve d'identification par ADN, la probabilité de fréquence d'un même profil génétique, c'est-à-dire le risque que deux individus aient le même profil génétique, est très bas⁴¹; on l'estime, selon les cas, à un sur plusieurs dizaines de millions voire des dizaines de milliards. La méthode d'identification par ADN a donc une précision redoutable qu'on ne rencontre ni avec les empreintes digitales, ni avec les groupes sanguins.

2.1.5. La discrimination évidente

La technique d'identification par ADN permet de distinguer l'ADN de différentes sources. Ainsi dans le cas de mélange des éléments biologiques, la distinction entre différents codes génétiques est nettement visible en examinant les autoradiogrammes des échantillons même si les substances ou les échantillons étaient enchevêtrés. Par exemple dans le cas des agressions sexuelles, où on se trouve en présence de mélange de cellules vaginales de la victime et du sperme du suspect, une technique différentielle permet d'isoler l'ADN de chaque substance⁴². On arrive au même résultat dans une hypothèse de plusieurs violeurs, de sang amalgamé trouvé sur les lieux du crime, de mélange de sang avec d'autres organismes, ce qui rend moins fiable toute autre méthode d'analyse.

2.1.6. La rapidité des analyses

D'un délai de quelques semaines pour obtenir un profil génétique avec le procédé de polymorphisme de restriction (*RFLP*) qui détecte les différences de taille des fragments d'ADN à des *loci* (adresses spécifiques), on passe à un délai de trois jours avec le procédé de l'amplification (*PCR*) qui multiplie la

41. Excepté les jumeaux homozygotes.

42. Notons que même s'il n'y a pas eu éjaculation du suspect, on peut procéder à l'analyse s'il y a seulement quelques traces de cellules. Voir Ulf B. GYLLENSTEN et AL., «DNA Typing of Forensic Material with Mixed Genotypes Using Allele-Specific Enzymatic Amplification», (1992) 52 *Forensic Science International*, pp. 149-160.

molécule d'ADN jusqu'à obtention d'un nombre de copies suffisantes pour des analyses subséquentes.⁴³ On peut donc, par ce procédé, traiter plusieurs cas dans le même laps de temps, ce qui réduit considérablement les délais.

Ces atouts liés aux analyses génétiques dépendent toutefois du rigorisme qui y est appliqué, car comme toute technologie, la méthode des analyses génétiques est sujette à des imperfections et possède des limites qui lui sont intrinsèques.

2.2. Les problèmes potentiels

Les problèmes susceptibles de se présenter concernent l'aspect technique et l'interprétation des résultats.

2.2.1. Les questions techniques

- *la dégradation de l'ADN* peut provoquer pendant l'analyse des déplacements de bandes.
- *la résolution* peut être influencée par des variations de la densité du gel, le voltage électrique, ainsi que par la grosseur des fragments observés lorsque ceux-ci se chevauchent.
- *dans l'hypothèse d'une transplantation et d'une transfusion, un problème peut naître* : en effet, il est de connaissance générale que les lymphocytes ne sont pas «neutres» et peuvent modifier le génotype des transfusés et des transplantés. Ainsi, pour un individu ayant eu une transplantation d'organe réussie, les génotypes provenant de l'organe transplanté et de son sang, par exemple, peuvent parfois être différents. Il est intéressant de noter que ce problème peut aussi se révéler dans le cas d'une transfusion sanguine lorsque la préparation transfusée contient des globules blancs. Il faut bien souligner qu'il s'agit d'éventualités rarissimes.

43. Pour ces procédés, voir OTA, *op. cit.*, note 6, pp. 42-48.

---- **les mutations** : en principe, un enfant reçoit la moitié de ses gènes de sa mère et l'autre moitié de son père, ce qui fait qu'il présente à chaque génération des caractères propres à ses parents; c'est l'aspect essentiel de l'hérédité. Cependant, il peut arriver que des mutations d'un allèle, donc du génome, surviennent dans une génération, entraînant ainsi une nouvelle taille du fragment. Les chercheurs évaluent la probabilité de mutation à cinq pour cent⁴⁴.

Outre ces problèmes techniques, des erreurs peuvent aussi résulter lors de la phase de l'interprétation des résultats d'appariement par l'expert.

2.2.2. Les questions d'expertise et d'interprétation

L'expertise s'effectue au niveau de la génétique de la population pour les statistiques, et au niveau de la probabilité de la fréquence des allèles qui sous-tendent le calcul de la probabilité de l'identité.

---- Aspects controversés de l'interprétation

La subjectivité de l'interprétation est un facteur essentiel important de l'ambiguïté, car ici tout est fonction de la compétence de l'expert, de son expérience, de son sens d'observation et de sa vigilance. C'est un véritable danger de faire une interprétation sur des bandes manquantes, des extra-bandes des autoradiogrammes. De plus, un taux de variation très grand entre la grosseur du fragment de l'échantillon connu et celui qui est inconnu peut fausser le sens du résultat. 5% semble bien être la limite et il faut arriver à diminuer cette limite ou l'annuler. De même, la probabilité doit se définir en fonction de la rareté des allèles, du profil. On regarde donc la fréquence de ceux-ci dans une population donnée, ce qui nécessite l'utilisation de bonnes statistiques.

44. Dan BURK, «DNA Identification : Possibilities and Pitfalls revisited», (1990) 31(1) *Jurimetrics*, p. 60.

---- ***L'expert et la population de référence***

Une fois la concordance établie entre deux échantillons, il reste à déterminer les chances de retrouver ce profil génétique dans la population. Cette tâche revient donc à l'expert en génétique de population. Celui-ci détermine la fréquence d'un allèle spécifique à l'intérieur d'un sous-groupe donné et pour cela il consulte une banque de données. Devant les tribunaux, les études de population ont soulevé de nombreuses interrogations et il y eut beaucoup d'objections au sujet de la base de la démogénétique. Est-ce qu'il y a une population de référence appropriée et est-il pertinent d'en tenir compte au moment du calcul de probabilité? De même, peut-on avoir une certitude à propos de la provenance raciale des statistiques utilisées⁴⁵?

La question de référence à une population appropriée pour les calculs de probabilité demeure un problème clé. En effet, les banques de données sont constituées par races ou par groupes (caucasiens, noirs, asiatiques etc...) et les spécialistes en génétique de population ne considèrent pas le fait qu'à l'intérieur des groupes ou des ethnies il y a des sous-groupes ayant des traits génétiques spécifiques (par exemple, les noirs américains sont différents génétiquement des noirs qui sont restés en Afrique, les chinois nés en Amérique du Nord présentent des traits génétiques différents de ceux qui sont en Chine etc...). Les sous-groupes ne sont pas homogènes, c'est-à-dire qu'on retrouve plus souvent certains fragments d'ADN dans un sous-groupe que dans l'autre même si ensemble les deux font partie de la même population ethnique⁴⁶. Selon McElfresh et al., la

45. Les échantillons de sang utilisés pour la constitution des banques de données génétiques proviennent des organismes tels la Croix Rouge. Ces échantillons ne sont pas identifiés spécifiquement et ne contiennent aucun renseignement personnel. On fait confiance à l'organisme pourvoyeur pour la classification par sous-groupes (la race etc...). Nonobstant le rigorisme des laboratoires, il peut arriver que des échantillons de plusieurs sous-groupes se mêlent. L'emploi d'une population génétique de référence adéquate est donc important pour déterminer la fréquence de l'allèle.

46. Voir Brad DAISLEY, « Uses of Databases Has Sparked Controversy Over DNA Typing », (1993) 40 *The Lawyers Weekly*, p. 17. Voir aussi Kenneth R. KREILING, « Review Comment : DNA Technology in Forensic Science », (1993) 33 *Jurimetrics*, pp. 476-480; Kevin C. McELFRESH, Debbie VINING-FORDE, and Ivan BALAZAS, « DNA-Based Identity Testing in Forensic Science », (1993) 43(3) *BioScience*, p. 149; Peter ALDHOUS, « Congress Reviews DNA Testing », (1991) 351 *Nature*, p. 684; Douglas M. SMITH, « Genetic Witness : By thy DNA So Shall Ye Be Known », (1993) 1 *Health Law Journal*, p.

structure démographique n'implique pas une diversité génétique entre les populations⁴⁷. À ces questions de population de référence, il faut ajouter celles de calculs statistiques. Par ailleurs, la qualité et l'expérience de l'expert sont très importantes. Son expertise en génétique de la population doit être démontrée.

Ces difficultés évoquées ne nous amènent cependant pas à tirer des conclusions défavorables à l'encontre de la méthode d'identification génétique car, comme nous l'avons souligné, celle-ci a un haut potentiel de discrimination; elle est porteuse d'espoir en matière criminelle, puisqu'elle permet de déterminer si les échantillons biologiques provenant des scènes de crime appartiennent à la personne suspectée, à un seul individu ou à plusieurs. C'est une technique d'identification positive. C'est un instrument pour résoudre l'énigme de l'identité, pour prouver la culpabilité ou l'innocence d'un individu⁴⁸, pour «mettre l'accusé en première place»⁴⁹. Elle sert aussi bien au niveau de l'enquête policière que dans toutes les phases de la procédure judiciaire.

En règle générale, la qualité des résultats des analyses génétiques fait l'objet de peu de questionnement de la part des scientifiques et de la police, cependant on remarque que la preuve ainsi obtenue est encore scrutée devant la justice. En effet, la preuve d'identification par ADN, à cause de sa récente apparition, fait partie de cette catégorie de preuves scientifiques qui, au Canada, n'ont pas encore obtenu le consensus de critères d'admissibilité; aussi en l'absence de standards il importe de nous interroger sur les critères adéquats de sa recevabilité comme preuve devant nos tribunaux.

207.

47. Kevin C. MCELFRESH, Debbie VINING-FORDE, and Ivan BALAZAS, *loc. cit.*, note 46.

48. D. C. MOSS, «Free at Last», (1989) 75 *A.B.A. Journal*, p. 19 : Garry Dotson, accusé en 1979 à tort d'un viol qu'il n'a pas commis, s'est vu refuser sa libération bien que la victime 5 ans plus tard ait reconnu son erreur. Mais en 1988, il fut déclaré innocent après avoir accepté de se soumettre au test des empreintes génétiques.

49. I. LOMHOFF, «By Their DNA, So Shall Ye Know Them », (1987) *California Lawyer*, p. 9.

II- LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE D'IDENTIFICATION PAR ADN EN DROIT PÉNAL CANADIEN

Dans le système pénal canadien, comme d'ailleurs dans beaucoup de systèmes étrangers, la présomption d'innocence est une règle fondamentale; ainsi, nul ne peut être déclaré coupable sans un procès juste et équitable⁵⁰. L'admissibilité de toute preuve scientifique est décidée au cours d'un voir-dire où le juge évalue avec prudence la légalité de la preuve obtenue, sa fiabilité et sa pertinence puisque la présentation des résultats aura une importance capitale sur la culpabilité ou non de l'accusé. La common law et différents textes de lois ont érigé de grands principes d'admissibilité de la preuve en tenant compte de la diversité des modes de preuve; cependant, ces règles ne pourront recevoir application que si elles sont compatibles avec la Charte canadienne des droits et libertés⁵¹.

En tant que technique scientifique nouvelle, les analyses génétiques ne sont pas encore réglementées par le droit de la preuve au Canada. Il faut, dans ces conditions, se demander comment les tribunaux admettent cette méthode en l'absence de lignes directrices spécifiques? (A) Y-a-t-il une remise en question de la théorie contemporaine de la recevabilité de la preuve au Canada? En d'autres termes, quels sont les critères d'admissibilité sous-jacents à l'utilisation de la preuve d'identification par ADN?(B)

A- État actuel de l'admissibilité de la preuve d'identification par ADN

Dès son apparition devant les juridictions civiles et pénales, la preuve d'identification par ADN fut traitée en Grande-Bretagne et aux États-Unis comme une preuve de témoignage scientifique⁵². Certains tribunaux américains

50. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la loi de 1982 sur le Canada (1982), R.U., c.11) art. 11.

51. Voir Jacques BELLEMARE et Louise VIAU, *Droit de la preuve pénale*, Éditions Thémis, 1992, pp. 110-237; Voir aussi Roger E. SALHANY, *A Basic Guide to Evidence in Criminal Cases*, 2 éd. Carswell Publication, 1991, pp. 1-25; Jacques FORTIN, *Preuve pénale*, Éditions Thémis, Montréal, 1984, pp. 40-85.

52. Edward J. IMWINKELRIED, «The Evolution of the American Test for the Admissibility of Scientific Evidence», (1990) 30 *Med.Sci.Law*, p. 60.

adoptèrent la doctrine de *Frye*⁵³ dont ils estimèrent les critères d'admissibilité appropriés⁵⁴ mais bien vite d'autres cours se tournèrent vers les règles plus souples de pertinence définie à travers les règles fédérales de la preuve adoptées en 1972⁵⁵. Au Canada, nous ne trouvons aucune jurisprudence adoptant explicitement le principe de *Frye* lors de l'admissibilité d'une preuve scientifique, même si en 1984 la Commission de réforme du droit du Canada a penché pour la doctrine suivante :

«...la recevabilité même des différents résultats des méthodes d'investigation, sur lesquels sont basées les opinions scientifiques des experts, peut dépendre notamment de leur degré de précision scientifique... Nous pensons que les méthodes qui ne répondent pas aux critères énoncés dans l'affaire *Frye* devraient être mises en doute»⁵⁶.

Ce vigoureux plaidoyer pour la doctrine de *Frye* nous amène à nous interroger (1) sur cette théorie, (2) sur l'utilité en matière de preuve d'identification par ADN de la théorie classique de la pertinence.

1- La théorie de *Frye*

La principale assertion soutenue dans l'arrêt *Frye* est la théorie de l'acceptation générale scientifique. Cette théorie a suscité de nombreuses

53. *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923).

54. Anthony PERSALL, «DNA Printing : the Unexamined "Witness" in Criminal Trials», (1989) 77 *California Law Review*, 665, p. 689.

55. Mark J. FUHRMAN, *op. cit.*, note 26, p. 9; l'auteur cite la cause *Coppolino v. State* 223 So. 2d 68 (Fla. Dist. ct. App. 1968) où on a reconnu la discrétion du juge à admettre une nouvelle preuve scientifique à condition de ne pas abuser de cette discrétion; Edward T. BLAKE «Scientific and Legal Issues Raised by DNA Analysis» in J. BALLANTYNE, G. SENSABAUGH et J. WITKOWSKI, *DNA Technology and Forensic Science*, 32 Banbury Report, 1990, p. 109. Voir aussi les articles 401, 402, 403, 702 et 703 du *Federal Rules of Evidence* dans John C. KLOTTER, *Criminal Evidence*, 5ème édition, Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1992, pp. 681, 688-689.

56. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les méthodes d'investigations scientifiques*, document de travail 34, 1984, p. 27.

critiques, car l'acceptation générale d'une technique par la communauté scientifique ne donne pas l'assurance de sa fiabilité⁵⁷.

1.1. La théorie de l'acceptation générale scientifique

Dans l'arrêt *Frye*, une affaire de meurtre où le détecteur de mensonge fut utilisé comme méthode d'investigation, la cour a énoncé sa théorie en matière d'admissibilité d'une preuve scientifique : toute preuve basée sur une nouvelle technique scientifique ne doit être admissible que s'il y a acceptation générale de la technique par la communauté scientifique qui l'utilise. Le libellé de cette théorie reste cependant bien difficile à saisir. En effet, que recouvre l'acceptation générale? Est-ce l'unanimité de tous les scientifiques? Quelle est la discipline ou la spécialité pertinente qui devrait être retenue pour les analyses génétiques: est-ce celle de la biologie moléculaire, de la biochimie, de la génétique démographique ou d'une catégories d'experts connus comme généticiens de la population⁵⁸? Dans les procédures criminelles, les échantillons prélevés sur les lieux du crime pouvant être contaminés, devrait-on exiger l'approbation des scientifiques en biologie environnementale quant à la fiabilité des résultats obtenus de tels échantillons? La lecture de la cause canadienne *R. c. Parent*⁵⁹ semble militer pour une approche globale du champ d'expertise qui sera celui retenu par le procureur du ministère public avec le consentement de la défense. Une autre question mérite d'être soulignée : à quel niveau situer l'acceptation générale? Au niveau de la théorie, des techniques et expérimentations ou des trois? Selon un tribunal américain⁶⁰, l'acceptation générale ne signifie pas que la technique soit connue de toute la communauté scientifique, mais seulement qu'elle soit reconnue généralement comme fiable. Cette approche de l'admissibilité fut adoptée par plusieurs tribunaux dans des causes d'identification génétique aux États-Unis⁶¹. D'autres tribunaux l'interprétèrent plus largement en y ajoutant l'exigence d'impartialité; ce fut la règle *Frye*-

57. Voir *State of New York v. Castro*, 545 N.Y.S. (2d) 986 (1989).

58. *People v. Wesley*, 140 Misc. (2d) (1988).

59. [1988] A.J. n° 1125, (Alta Q.B.), non rapporté.

60. *State of New York v. Castro*, précitée, note 57.

61. *State of Maryland v. Cobey*, 80 M.D. App. 31, 559 (1989); *People v. Wesley*, précitée, note 58; *People v. Bailey*, 140 Misc. (2d) 317 (1988); *State v. Schwartz*, 447 N.W. (2d) 422 (1989).

*Kelly*⁶². Cependant, dans l'ensemble, la théorie de *Frye* fut rejetée par beaucoup d'autres, qui trouvèrent l'expression acceptation générale trop laxiste et la théorie de *Frye* vague et difficile à appliquer⁶³.

1.2. Le rejet de la théorie de *Frye*

De nombreux reproches furent adressés au test de *Frye* en ce sens qu'il représente une abdication de la responsabilité judiciaire⁶⁴. Comme l'écrit un auteur canadien, «la doctrine de *Frye* donne à la communauté scientifique et non à la communauté légale, le dernier mot de l'admissibilité»⁶⁵. De même, le critère de *Frye* ne dit rien sur le degré d'acceptation générale dont on a besoin pour établir la fiabilité de la technique (acceptation majoritaire ou unanime?). Selon le professeur Gianelli, le critère de *Frye* masque les problèmes cruciaux relatifs à l'utilisation d'une technique spécifique en se focalisant surtout sur le point de l'acceptation générale⁶⁶.

Les tribunaux canadiens, malgré la recommandation favorable de la Commission de réforme du droit du Canada (comme nous l'avons mentionné plus haut), ne retinrent pas le test de *Frye*⁶⁷. Il va de soi que de prime abord la

62. *People v. Kelly*, 17 Cal. (3d) 24 (1976) : en vertu de la règle *Frye-Kelly*, la technique doit être non seulement généralement acceptée et fiable mais encore l'expert doit être aussi bien qualifié pour donner une opinion qu'impartial.

63. Patrick KNOLL, «*Parent* : An Auspicious Beginning for DNA Genotyping in Canada», (1989) 65 *Alta. L. R.* (2d), p. 29.

64. Pour les critiques, voir Alisa P. ADEMA, «DNA Fingerprinting Evidence : The Road to Admissibility in California», (1989) 26 *San Diego Law Review*, pp. 397-398; Janet C. HOEFFEL «The Dark Side of DNA Profiling : Unreliable Scientific Evidence Meets the Criminal Defendant», (1990) 42 *Stanford Law Review*, pp. 506-507; Lorne T. KIRBY, *DNA Fingerprinting : An Introduction*, W.H. Freeman and Company, New York, 1992, pp. 196-199.

65. John WALSH, «Legal Issues of Identification : A Canadian Perspective», (1990), communication donnée au mini symposium sur l'ADN organisé par la Société canadienne des sciences judiciaires», Ottawa, p. 156 : «*Frye* gives the scientific community, not the legal community, the last word on admissibility» (traduction).

66. GIANNELLI, «The Admissibility of Novel Scientific Evidence : *Frye v. United States*, a Half-Century Later», (1980) 80 *Colum. L. Rev.* p. 1197.

67. *R. c. Medvedew* (1978) 43 C.C.C. [2d] 434, 6 C.R. (3d) 185 (Man. C.A.) : une cause concernant l'empreinte vocale. Il est bon de mentionner ici la dissidence du Juge O'Sullivan qui opta pour le test de *Frye* qu'il estime plus en conformité avec les principes de Common Law. Voir aussi *R. c. Bédard* [1987] 2 R.C.S. 398 : le juge Wilson, dissident, en

règle fondamentale s'applique, soit l'admissibilité de toute preuve pertinente au litige⁶⁸. Toutefois, la pertinence ne suffit pas toujours. Le juge peut exclure cette preuve si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante⁶⁹. Cette preuve ne doit pas non plus être obtenue en violation d'un droit garanti par la Charte. Dans ce dernier cas, il faudra appliquer l'article 24 (2) de celle-ci⁷⁰. C'est ce qui ressort des arrêts récents de la Cour suprême du Canada qui a statué que le juge a le pouvoir discrétionnaire pour exclure la preuve si l'équité du procès est mise en cause⁷¹.

2- La théorie de la pertinence

La pertinence est une affaire de logique; elle «s'applique à tous les moyens de preuve; elle régit tout autant la preuve écrite ou testimoniale que la preuve relative aux objets trouvés en la possession de l'accusé».⁷² C'est «tout ce qui est en accord avec le bon sens»⁷³. Dans l'arrêt *Corbett*⁷⁴, le juge La Forest écrit : «le principe de pertinence contribue à assurer un procès équitable dans le cadre duquel justice est rendue». Le fait pertinent permet à une personne raisonnable de croire à l'existence ou à la non-existence d'un élément de l'infraction. Selon le juge Sopinka, «la pertinence dépend beaucoup des autres éléments de preuve et des autres points en litige dans une affaire»⁷⁵. «C'est un facteur fondamental à l'appréciation de la force probante du moyen offert»⁷⁶ que le juge se doit d'examiner en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

s'interrogeant sur le test de *Frye* écrit : «le critère de l'acceptabilité générale posé dans l'affaire *Frye* a maintenant cédé le pas aux États-Unis à celui de fiabilité raisonnable».

68. Une preuve pertinente est une preuve susceptible de faire avancer une enquête, de permettre «au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher les questions en litige» : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

69. *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525.

70. Ce paragraphe 24(2) prévoit que les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés de la Charte «seront écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

71. *R. c. Potvin*, précitée, note 69; *R. c. Seaboyer*, précitée, note 68.

72. *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709.

73. Peter K. McWILLIAMS, *Canadian Criminal Evidence*, 3ème édition, Toronto, Canada Law Book, 1988, pp. 3-5.

74. *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

75. *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

76. Jacques FORTIN, *op. cit.*, note 51, p 48.

2.1. La discrétion judiciaire

Différentes interprétations découlent de ces termes «discrétion judiciaire». Pour plusieurs, il s'agit d'une certaine liberté de choix individuel laissée au juge du procès d'exclure une preuve admissible. D'autres y voient le pouvoir de rendre des jugements définitifs quant aux questions de faits. Certains, enfin, insistent sur les éléments subjectifs, intuitifs, imaginatifs et

émotionnels de la discrétion⁷⁷. La discrétion est une question de degré puisque chaque décision judiciaire implique un choix. La difficulté à résoudre se trouve au niveau du degré de choix. Selon les arrêts *Seaboyer*⁷⁸, *Potvin*⁷⁹ et *Sweitzer*⁸⁰, le juge peut écarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante alors que les arrêts *Morris*⁸¹ et *Wray*⁸², suggéraient plutôt une interprétation étroite du pouvoir judiciaire avec deux éléments à considérer : une valeur probante minime et un effet préjudiciable élevé. Ce pouvoir discrétionnaire du juge est modifié par la Charte canadienne.

2.2. L'impact de la Charte

Il n'est pas sans intérêt de rappeler que la Charte canadienne joue un rôle central dans le droit criminel et particulièrement dans l'admissibilité d'une preuve qui aurait été obtenue en violation d'un droit garanti. En effet, l'article 24(2) de la Charte assure une protection à l'accusé en lui offrant la possibilité de demander l'exclusion de la preuve lorsque des droits ou libertés

77. Pour cette distinction, voir Archie CAMPBELL, «Charter of Rights - S. 24(2)», dans *Criminal law and the Charter of Rights and Freedoms - an Update*, Department of Education, the Law Society of Upper Canada, Osgoode Hall, Toronto, 1985, p. A-12.

78. *R. c. Seaboyer*, précitée, note 68.

79. *R. c. Potvin*, précitée, note 69.

80. *Sweitzer c. R.*, [1982] 1 R.C.S. 525.

81. *Morris c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 190.

82. *R.c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; le principe de cet arrêt ne représente plus l'état de notre droit en matière d'admissibilité.

garantis par la Charte ont été enfreints. Dans l'arrêt *Collins*⁸³, la Cour suprême du Canada a énoncé une liste non exhaustive des facteurs pertinents qui pourraient aboutir à la déconsidération de la justice. Ce sont «les facteurs reliés à l'équité du procès, les facteurs qui se rapportent à la gravité de la violation et les facteurs qui concernent l'exclusion de la preuve»⁸⁴. La déconsidération de l'administration de la justice est examinée selon la norme de la personne raisonnable⁸⁵, objective et bien informée de toutes les circonstances de l'affaire⁸⁶. La nature de la preuve est aussi importante dans l'appréciation de la déconsidération; ainsi l'obtention d'une preuve matérielle en violation d'un droit de l'accusé n'affectera pas généralement l'équité du procès puisqu'elle existe indépendamment de la violation de la Charte⁸⁷ alors que la preuve «auto-incriminante» sera généralement rejetée si elle est obtenue dans l'irrespect d'un droit inscrit à la Charte⁸⁸. C'est à l'accusé qu'incombe la charge de prouver la violation ou la négation de l'un des droits garantis par la Charte, s'il veut se prévaloir des dispositions de l'article 24(2). Cette preuve doit se faire selon la règle de la prépondérance de probabilités⁸⁹. Quant à la nécessité d'un lien temporel entre l'obtention de la preuve et la violation d'un droit, la Cour suprême, dans l'arrêt *Strachan*, déclare qu'elle «n'est pas déterminante»⁹⁰.

83. *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

84. Pierre BELIVEAU, Bernard LETENDRE, *Précis élémentaire de la preuve pénale*, Éditions Thémis, Montréal, 1992, p. 40.

85. Voir Archie CAMPBELL, *op. cit.*, note 77, p. A-36 : «L'homme (*sic*) raisonnable est un homme (*sic*) de la rue, un homme (*sic*) ordinaire, prudent, plein de bon sens, intelligent».

86. Voir *R. c. Collins*, *précitée*, note 83.

87. *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.

88. *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233.

89. *R. c. Collins*, *précitée*, note 83.

90. *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, p. 1006.

Les tribunaux canadiens ont aussi fait référence au critère de l'utilité en le reliant à celui de pertinence, reprenant par là même ces critères traditionnels qui «fournissent un moyen de conserver ce qu'il y a de positif dans *Frye* sans qu'on ait à supporter ses inconvénients»⁹¹. Ainsi dans l'affaire *R. v. Doe*⁹², le juge Kurisko en arrive à la conclusion que : «les valeurs que cherche à protéger la théorie de *Frye* le sont déjà adéquatement par les critères traditionnels de la pertinence et de l'utilité». Il faut ici souligner que pour la preuve d'identification par ADN, nos tribunaux interviennent pour le moment sans avoir de normes précises. Ainsi, dans l'affaire *Parent*⁹³, la première cause relative aux analyses génétiques au Canada, il ne fut même pas question de formuler des critères d'admissibilité, car la preuve fut admise par consentement. Dans *Terceira*⁹⁴, la cour adopta le critère de «fiabilité raisonnable»; dans *R. v. Dieffenbaugh*⁹⁵, le tribunal opta pour le critère de pertinence et de la véracité. Dans les autres causes canadiennes, on note une tendance des tribunaux pour une évaluation positive de la preuve d'identification par ADN; la pertinence et l'utilité de la preuve pour le juge et le jury sont les critères d'admissibilité applicables au Canada.

B- Critères de pertinence et d'utilité : critères élaborés par la jurisprudence

Les critères de pertinence et d'utilité sont apparus avec la cause *McNally*⁹⁶ et ont continué d'être approuvés par nos tribunaux dans des causes

91. *R. c. Béland*, précitée, note 67.

92. *R. v. Doe* (1986) 31 C.C.C. (3d) 353. «The values sought to be protected by *Frye* appear to have been adequately preserved by the exercise of restraint in the use of the more flexible traditional relevancy and helpfulness approach».

93. *R. v. Parent*, précitée, note 59.

94. *R. v. Terceira*, 6 octobre 1992, (Ont. Ct. Gen. Div.), non rapporté : les questions de la technique sont prouvées et donc admissibles alors qu'il existe encore des incertitudes sur la question de population de référence qui de ce fait ne peut être encore admise.

95. (1993) 80 C.C.C. (3d) 97 (C.A. C.B.)

96. *R. v. McNally*, 4 avril 1989, Ont. D. C., n° 3751, non rapporté.

comme *Keenan and Hunt*⁹⁷, *Bourguignon*⁹⁸, *Voyne Mathias Baptiste*⁹⁹, *Légère*¹⁰⁰, *Johnston*¹⁰¹, *Singh*¹⁰², *Lafferty*¹⁰³. Mais dans *Johnston*, le juge Landom a vite fait d'ajouter que si la pertinence et l'utilité sont appropriées comme critères d'admissibilité, il faudrait cependant, dans certains cas, ajouter un autre critère : à savoir que l'effet préjudiciable de la preuve ne dépasse pas sa valeur probante. Les juges du Québec, quant à eux, réaffirmaient les critères de pertinence et d'utilité notamment dans les causes de *Santerre*¹⁰⁴, *Dorion*¹⁰⁵ et *Trottier*¹⁰⁶. À l'heure présente, les décisions ont été dans l'ensemble¹⁰⁷ rendues en première instance. La fiabilité de la méthode réussira-t-elle à convaincre tous les tribunaux d'appel de son admissibilité? On peut penser que l'intervention de ceux-ci contribuerait à asseoir des critères appropriés d'admissibilité et que la preuve d'identification par ADN ne sera pas menacée de prohibition absolue comme la méthode du polygraphe¹⁰⁸.

Nous ne voulons pas reprendre ici en détail la question relative à la pertinence de la preuve. Nous mentionnerons tout simplement que pour la preuve d'identification par ADN, l'appréciation de la pertinence se fait compte tenu de la connexité entre les faits que l'on veut prouver et le crime qui est reproché. Il est donc primordial d'établir avec certitude le lieu de provenance des échantillons utilisés pour les analyses (ceux qui appartiennent au suspect et ceux de la localisation du crime) car l'absence de lien entre la provenance et la question en litige est une cause de non-pertinence. À cette condition de provenance s'ajoute l'exigence de la fiabilité. Si toutes ces conditions sont

-
- 97. *R. v. Keenan and Hunt*, 11 décembre 1990, (Ont. C.), non rapporté.
 - 98. *R. v. Bourguignon*, 14 janvier 1991, (Ont. C.), non rapporté.
 - 99. *R. v. Voyne Mathias Baptiste*, 14 mars 1991, 38 (C.S.C.-B.), non rapporté. L'honorable juge Hamilton écrit : « ..where it is relevant and would be helpful to the jury, the evidence should be admitted. »; 10 février 1994 (C.A.C.-B.), non rapporté.
 - 100. *R. v. Légère*, 29 août 1991, (C.B.R.N.-B.), non rapporté.
 - 101. *R. v. Johnston*, (1992) 69 C.C.C. (3d) 395 (Ont. Ct. Gen. Div.).
 - 102. *R. v. Gary Singh*, 1er avril 1993, (C.S.C.-B.), non rapporté.
 - 103. *R. v. Lafferty*, [1993] N.W.T.J. n° 17.
 - 104. *R. c. Santerre*, 23 octobre 1991, Cour Supérieure, n° 500-01-017961-902, non rapporté.
 - 105. *R. c. Dorion*, 17 décembre 1992, Cour Supérieure, n° 500-01-019135-919, non rapporté.
 - 106. *R. c. Trottier*, octobre 1992, Cour Supérieure, n° 500-01-25883-908, non rapporté.
 - 107. Une première décision fut déjà rendue en appel; Voir *R. v. Voyne Mathias Baptiste*, précitée, note 99.
 - 108. Voir *R. v. Béland*, précitée, note 67.

réunies, la preuve d'identification par ADN passera pour pertinente au regard du droit pénal canadien. Cependant, si pertinente qu'elle soit, son utilité (1) doit être démontrée au juge et au jury qui devront être convaincus de sa force probante (2).

1- Utilité comme preuve matérielle et comme témoignage d'expert

La preuve d'identification par ADN appartient à la fois à la catégorie des preuves matérielles et à celle des preuves d'opinion et doit démontrer son utilité par rapport à ces deux moyens de preuve¹⁰⁹. C'est au juge d'être convaincu de l'utilité qu'apporterait cette preuve au jury, mais ce serait à ce dernier de décider de sa force probante¹¹⁰. La preuve doit permettre au juge et au jury de découvrir la vérité. Sa haute complexité technique nécessite l'assistance d'un expert pour aider le juge et le jury à prendre une décision éclairée. C'est au juge de décider, au cours d'un voir-dire, de la présentation ou non de la preuve au jury. Pour cela il doit tenir compte de la compétence et de la qualité de l'expert et s'assurer que le jury soit capable d'évaluer la force probante de preuve présentée¹¹¹.

2- Valeur probante de la preuve

La présentation d'une preuve matérielle qu'est l'échantillon biologique est un moyen de preuve privilégié. La technologie a permis de conserver trace de ces éléments matériels, cependant les résultats sont tributaires de l'interprétation de l'expert. Par ailleurs, il existe une zone grise provenant de la rapidité des développements technologiques dans ce domaine qui crée une incertitude et de ce fait contribue à discréditer les probabilités affirmées dans le cadre de la preuve d'identification par ADN. Néanmoins, on peut s'attendre à ce que les analyses génétiques aient une très grande incidence sur les taux de

109. La preuve d'identification par ADN ne peut être utile au jury que si l'aspect technique est exposé au jury par un expert qualifié.

110. *R. v. McNally*, précitée, note 96.

111. Marie LUSSIER, «Genes and Canadian Criminal Law», 1992 71 *R. du B. Can.*, p. 344.

condamnations¹¹². En effet, bien souvent la nature de la preuve peut emporter la conviction du juge et des jurés même s'ils ne sont pas liés par le résultat de l'expertise. «Plus la technique est complexe, plus la confiance des jurés pourra être aveugle»¹¹³, car ceux-ci pourraient accorder une valeur probante à cette technique et aux probabilités statistiques sans analyser la qualité et la fiabilité de la méthode. Il importe donc de prémunir le système judiciaire contre l'auréole d'une preuve scientifique car le but ici recherché est l'établissement de la vérité. L'admissibilité de cette preuve comme témoignage d'expert usurperait-elle les fonctions du juge et des jurés et aboutirait-elle au renversement du fardeau de la preuve et à la destruction de la présomption d'innocence?

2.1. Probabilité et langage

Le langage est bien souvent une cause d'incompréhension entre juristes et scientifiques, ce à cause du particularisme de langage de chaque discipline. En matière de preuve d'identification par ADN, il semble donc important d'examiner les définitions du terme probabilité. Pour le scientifique qu'est l'expert, la probabilité équivaut quasiment à une certitude, soit jusqu'à 99%, alors que le juriste s'attache à une «certitude raisonnable», car n'oublions pas qu'en matière pénale le droit exige une preuve hors de tout doute raisonnable avant de condamner, et que le moindre doute doit profiter à l'accusé. Quelle est donc la portée de la probabilité employée par les scientifiques pour établir la certitude de leur identification? Avec les statistiques faramineuses des experts, le jury peut être déconcerté par ce terme qui dénote une certitude irréfutable et ne laisse aucune place à l'appréciation des autres éléments. Dans plusieurs causes d'analyses génétiques la question s'est posée. Selon le juge Flanigan, dans la cause *Bourguignon*¹¹⁴, le témoignage de l'expert concernant les tests et les techniques est admissible comme une question de fait pour le jury, mais inadmissible en droit lorsqu'il est relié à la statistique des probabilités, opinion rejetée par le juge Hamilton dans la cause *Baptiste*¹¹⁵ :

112. Voir LIFECODES CORPORATION, *Test d'identification des empreintes génétiques de l'ADN : renseignements généraux*, 1986, p. 17.

113. Pierre PATENAUE, *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs*, Revue de droit Université de Sherbrooke, 1990, p. 147.

114. *R. v. Bourguignon*, précitée, note 98.

115. *R. v. Baptiste*, précitée, note 99.

«toutes questions relatives aux points faibles de l'interprétation ou des limites des banques de données sont, à mon avis, des questions qui doivent être analysées et pesées ensemble par le jury avec tous les autres éléments de preuve».

Le juge doit donc prendre tous les moyens pour se prémunir contre l'erreur scientifique et instruire le jury en conséquence, car les statistiques démontrant une forte probabilité d'identification ne permettent pas automatiquement de conclure à la culpabilité de l'accusé. Devrait-on aller jusqu'à interdire à l'expert de citer les statistiques?

2.2. Preuve hors de tout doute raisonnable

La culpabilité de l'inculpé doit être prouvée «hors de tout doute raisonnable» eu égard à chacun des éléments de l'infraction, la preuve de l'identification étant une preuve indirecte. En vertu du principe de la présomption d'innocence, principe qui se trouve au centre du droit criminel, le fardeau de la preuve repose sur les épaules de la couronne. Ainsi le juge Dickson, dans l'arrêt *Oakes*¹¹⁶, déclare que

«... le droit, prévu par l'al. 11 d), d'être innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que, premièrement, la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable et, deuxièmement, que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve.»

C'est donc à une «justice de conviction» que sera soumis l'accusé. Si un doute raisonnable subsiste soit sur les éléments du crime soit sur la crédibilité de la preuve (même si c'est une preuve d'identification par ADN), le juge et le jury ne pourraient rendre qu'un verdict de non-culpabilité.

Comme nous le mentionnons plus haut, les analyses génétiques semblent satisfaire aux objectifs du système pénal, c'est-à-dire faire éclater la vérité en établissant avec un haut degré de certitude la culpabilité ou l'innocence, protéger la société et réduire la criminalité. Il n'en demeure pas moins que leur remarquable spécificité nous met face à des perspectives inquiétantes. En effet,

116. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 121.

les désirs de vérité et de prévention pourraient amener quelquefois à la violation des valeurs fondamentales. Avec l'informatisation des données, cette preuve biologique pourrait même être employée comme un moyen de contrôle social¹¹⁷ si l'on se fonde sur la thèse du déterminisme génétique¹¹⁸. Face à ces dangers, il nous semble opportun d'analyser le risque de l'utilisation de cette preuve sur nos droits fondamentaux et de nous interroger sur la capacité du droit à assurer la dignité humaine.

III- LA PREUVE D'IDENTIFICATION PAR ADN ET LES DROITS ET LIBERTÉS

Comme toute autre technologie scientifique, la preuve d'identification par ADN pose le dilemme suivant : le savoir et le pouvoir confrontés aux garanties des droits de la personne et de la justice sociale. En effet, avec l'analyse génétique, c'est la personne toute entière qui est l'enjeu de pouvoirs; la personne dans sa dimension physique, dans sa dimension humaine et sociale, la personne dans sa dimension cosmique.

La preuve obtenue par analyse génétique semble être porteuse de bénéfices notables pour la justice dans le domaine de l'identification; mais il ne fait nul doute que l'utilisation de cette preuve sans un contrôle efficace générera de nombreux problèmes. Les risques et les atteintes à la dignité humaine peuvent se multiplier (atteinte aux droits fondamentaux renforcés par les problèmes liés à la collecte et l'utilisation des échantillons, l'informatisation et la création des banques de données, les questions de sécurité génétique, les questions de coût, les questions de répercussion familiale et sociale etc...). Les implications sociales sont très graves à cause du caractère intrinsèque du matériel utilisé.

117. Ne pourrait-on pas imaginer qu'un gouvernement collecte des renseignements génétiques personnels au moyen des tests d'analyse génétiques afin de découvrir des caractéristiques asociales chez certaines personnes, caractéristiques qui les prédisposeraient au crime? Ces «mésadaptés sociaux» seraient étiquetés et feraient l'objet de surveillance accrue : Voir D. SUZUKI et P. KNUTDSON, *Genethics : The Ethics of Engineering Life*, Stoddart, 1988, pp. 151-152.

118. Bartha Maria KNOPPERS, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Commission de réforme du droit du Canada, Document d'étude, 1991, pp. 47-50 : le déterminisme génétique sous-entend que l'individu est ce qu'il est à cause de ses gènes.

Des textes constitutionnels tels la Charte canadienne¹¹⁹ ou quasi-constitutionnels comme la Charte québécoise¹²⁰ garantissent des droits et libertés qui ne «peuvent être restreints que par une règle de droit»¹²¹. Mais il faudrait songer dès maintenant à fixer les limites de l'utilisation de la technique, à dispenser de l'information adéquate à toute la société et à l'amener à faire des choix responsables pour une justice sociale. Dans une société libre et démocratique le respect de la dignité de l'être humain (A) est un droit fondamental. Pour cela, nous devons nous diriger vers un encadrement adéquat de l'usage de cette technique (B).

A- Le respect de la dignité humaine

La dignité humaine est

«considérée comme le fondement du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, du droit à l'égalité et du droit à la protection contre la discrimination énoncés dans la Charte canadienne des droits et libertés»¹²².

Cette dignité s'exprime non seulement à travers les droits fondamentaux (1), mais aussi à travers les droits de la défense (2). En effet, «tous les droits de l'homme découlent du respect de cette dignité inhérente»¹²³.

1- Les droits fondamentaux

Les droits qui sont les plus souvent remis en cause par les analyses génétiques sont les garanties applicables pendant la phase précédant le procès et particulièrement pendant les enquêtes policières. Cependant, avec la mise en banque des échantillons et l'informatisation des données, les violations s'étendent aussi à la phase postérieure au procès; ces violations ne touchent plus

119. *Charte canadienne, précitée*, note 50.

120. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

121. *Charte canadienne, précitée*, note 50, art.1.,

122. Bartha Maria KNOPPERS, *op. cit.*, note 118, p. 2.

123. *Id*, p. 26.

au suspect ou à l'accusé uniquement, mais encore à ses proches et à son patrimoine génétique. Des garanties juridiques protègent l'individu contre ces invasions qui peuvent être physiques, psychiques ou familiales.

1.1. Le droit à l'intégrité

Ce droit découle du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité protégé par l'article 7 de la Charte canadienne, du droit à la protection contre les fouilles et les perquisitions ou les saisies abusives de l'article 8 de la même Charte et du droit à la dignité énoncé dans l'article 5 et 8 de la Charte québécoise. La liberté individuelle suppose le droit au respect de son intégrité physique. Ainsi, nul ne doit être soumis à des prélèvements sans son consentement, à moins que la loi ne l'y oblige¹²⁴.

Les échantillons biologiques qui serviront à la constitution de la preuve d'ADN sont donc un élément déterminant de l'intégrité de la personne humaine et sont protégés contre toute atteinte arbitraire. Par conséquent, les suspects doivent donc donner leur consentement pour un prélèvement et l'inobservance de cette condition peut être considérée comme une saisie et entraîner l'exclusion de ces éléments de preuve¹²⁵. Selon le juge La Forest, la distinction entre une saisie et la simple réunion d'éléments de preuve se situe au point où il devient raisonnable de dire que l'individu n'a plus d'intérêt intime relatif à l'objet qui serait saisi¹²⁶. Ainsi, dans la cause *Dyment*, la saisie par un policier d'un échantillon de sang recueilli par le médecin pour des causes médicales et sans le consentement de l'appelant a été jugée illégale sous l'article 8 de la Charte canadienne¹²⁷.

124. Voir les articles 256 à 258 du *Code criminel* et l'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*.

125. *R. v. Stillman*, 8 mars 1993, (C.B.R. N.-B.), non rapporté : les échantillons de poils et de cheveux relevés malgré les objections de celui-ci ont été jugés illégalement obtenus.

126. *R. v. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417.

127. *Id.* Selon le juge La Forest, «l'article 8 ne vise pas uniquement à protéger la propriété, mais aussi les intérêts privés en matière de vie privée contre les fouilles, les perquisitions et les saisies». Voir aussi *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945. Voir aussi *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768 : la transmission à la police des prélèvements recueillis par un médecin à des fins médicales est assujettie à la charte.

En matière d'analyses génétiques, il n'y a pas lieu de faire la distinction entre prélèvements internes ou externes, prélèvements intimes ou non intimes comme l'énonce en Grande Bretagne l'article 65(1) du *Police and Criminal Evidence Act*¹²⁸ de 1984, car, en principe, tous les éléments biologiques contiennent le code génétique de l'individu. Leurs saisies sans consentement, contrairement à ce qui a été décidé pour les empreintes digitales¹²⁹, constituent une violation qui enfreint l'article 7 de la charte¹³⁰. Qu'en est-il des substances corporelles abandonnées qui peuvent être réunies par la police dans le cadre de la réunion d'éléments de preuve? Selon la Charte, lorsqu'une personne cesse d'avoir une expectation raisonnable de vie privée sur une substance corporelle, ses droits ne peuvent être enfreints au regard de cette substance. Ainsi, la réunion de ces éléments ne constitue nullement une violation¹³¹. Pour un accusé détenu, «même si la réunion d'échantillons biologiques peut présenter une petite difficulté»¹³², cela ne pourrait être assimilé à une saisie et fouille abusive, car cela ne viole pas le droit à une expectation raisonnable de la vie privée si la fouille a été conduite de bonne foi et non dans un dessein de châtiments¹³³. Selon la jurisprudence, le respect de la vie privée est moins garanti à l'intérieur d'une prison que dans la vie ordinaire car les perquisitions et inspections sont très fréquentes et nécessaires dans une prison de sécurité maximum¹³⁴. Cependant, comme le fait remarquer le juge MacKay dans l'affaire *Jackson*¹³⁵, même si la

128. *Police and Criminal Evidence Act*, 1984, Code of Practice (second edition 1991) : les prélèvements non intimes sont possibles sans le consentement de l'intéressé, mais sur ordre d'un superintendant, alors que pour les prélèvements intimes, en plus de l'assentiment du superintendant il faut le consentement écrit de l'individu.

129. *R.c. Beare & Higgins et al.*, (1989) 66 C.R. (3d) 97.

130. *R. v. Légère*, (1988) 43 C.C.C. (3d) 502.

131. *R. v. Stillman*, précitée, note 125 : la police a récupéré dans une poubelle une serviette en papier contenant du mucus, le suspect s'étant mouché avec celle-ci pendant son arrestation. L'échantillon de mucus, a été jugé légalement recueilli. Voir aussi *R. v. Légère*, 29 août 1991 (C.B. N.-B.), non rapporté : le suspect, s'étant légèrement blessé pendant son arrestation, s'est essuyé le nez avec un mouchoir en papier qu'il a ensuite jeté à la poubelle. Le spécimen de sang recueilli sur le mouchoir en papier récupéré par la police est admissible.

132. Patrick KNOLL, *loc. cit.*, note 63, pp. 34 : «...where an accused person is detained the gathering of some of this evidence may present little difficulty.»

133. *Re Soenen and Thomas et al* (1984) 8 C.C.C. (3d) 224 (Alta QB).

134. *Warriner v. Disciplinary Tribunal of Kingston Penitentiary*, 7 décembre 1990, n° T- 963-89 (non rapporté); voir aussi *Weatherall v. AG Canada et al*, *Conway v. The Queen*, *Spearman v. Disciplinary Tribunal Bay Penitentiary et al*, (1989) 59 CR (3d) 247.

135. *Jackson v. Joyceville Penitentiary Disciplinary Tribunal*, (1990) 55 C.C.C. (3d) 50.

vie privée est limitée pour les prisonniers, il n'en reste pas moins que les droits de ceux-ci ne peuvent être restreints qu'en accord avec les principes de justice fondamentale.

Quant au consentement exigé pour un prélèvement, il doit être libre et éclairé¹³⁶. La personne qui accepte le prélèvement ne doit avoir subi aucune pression d'ordre psychologique, socio-économique ou physique. Le droit pénal n'exige aucune formalité précise pour le consentement, il suffit que celui-ci soit valide¹³⁷. Cependant la validité du consentement ne fait pas disparaître l'expectative de la vie privée qu'aura un individu «dans le contexte informationnel¹³⁸».

1.2. Le droit à la vie privée

Le droit à la vie privée est un droit fondamental de l'individu, un facteur essentiel à sa dignité. Car comme le mentionne le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers Limited*,

«le soupçon qui pèse sur les personnes qui font l'objet d'une enquête criminelle peut compromettre sérieusement et peut-être de façon permanente leur statut dans la collectivité. Cet aspect à lui seul permettrait au citoyen de s'attendre à ce qu'on porte atteinte à son droit à la vie privée seulement lorsque l'État a démontré qu'il a des motifs sérieux de soupçonner qu'il est coupable»¹³⁹.

Toute atteinte à ce droit est grave, comme le déclare le même juge dans *Dyment* : «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue

-
136. *R. c. Rivest*, (1990) 20 M.V.R. (2d) 196 (C.Q.). Dans cette cause, les policiers ont obtenu le consentement de l'accusé pour un prélèvement de sang sans lui expliquer la raison de la demande. La cour a jugé que cette preuve doit être exclue en vertu de l'article 24(2) de la Charte, alors que dans la cause *R. v. Young*, 2 novembre 1993 (C.S. T.-N.), non rapportée, bien qu'on n'ait pas précisé au suspect à quelles investigations seraient soumis les échantillons de matériel biologique fournis volontairement, ce consentement a été jugé libre et éclairé.
137. Pour les conditions requises pour un consentement valide, voir *R. v. Wills*, (1992) 12 C.R. (4 th) 77-78. Voir aussi *Jobidon c. La Reine* [1991] 2 R.C.S. 714.
138. *R. v. Dyment*, précitée, note 126, p. 428.
139. *Thomson Newspapers c. Directeur des enquêtes et recherches*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 508.

d'obtenir des renseignements à son sujet constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine»¹⁴⁰. Plusieurs textes législatifs et constitutionnels ont consacré explicitement ou implicitement le droit à la vie privée. Ainsi l'article 5 de la Charte québécoise stipule : «toute personne a droit au respect de sa vie privée»; de même on retrouve de façon implicite ce droit dans les articles 7 et 8 de la Charte canadienne, car comme le dit le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*¹⁴¹ «l'objet de l'article 8 est de protéger les attentes raisonnables des citoyens en matière de vie privée». La preuve d'identification par ADN menace la vie privée de l'individu en y faisant des ingérences dans la zone d'intimité. Les atteintes peuvent donc être très graves lorsqu'il y a conservation et stockage des échantillons et des données. Qui devrait avoir accès à ces données sensibles et qui contrôlera leur utilisation? Quelle est la nature des informations susceptibles d'être révélées si on conserve des échantillons biologiques et si on constitue des banques de données?

1.2.1. La Conservation des échantillons et la constitution des banques de données

La conservation des échantillons pour une contre-expertise est une obligation si on veut satisfaire aux droits de la défense, surtout si une décision finale n'a pas été rendue. C'est un fondement à l'administration de la justice. On ne peut donc interdire aux autorités policières de colliger et de stocker les échantillons biologiques uniquement parce qu'ils contiennent de l'ADN; l'efficacité même du système pénal en dépend. On ne saurait non plus prohiber ces procédés opérationnels sans gêner l'investigation et le dépistage du crime. Dans la même optique, le but de la centralisation des données est de pouvoir effectuer très rapidement des recoupements entre les empreintes latentes et les caractéristiques génétiques de personnes fichées. Des banques informatisées de données d'empreintes digitales existent déjà et sont efficaces, mais la conservation des échantillons biologiques et l'informatisation des données génétiques peuvent faire craindre des récupérations préjudiciables aux droits de l'individu puisqu'un simple échantillon d'ADN contient toute l'information génétique de l'individu et constitue une partie intime et privée. La question

140. *R. v. Dymont*, précitée, note 126, p. 431.

141. [1984] 2 R.C.S. 145, p. 149.

d'accès aux échantillons et de protection des données se pose avec acuité. Stocker des échantillons de matériels génétiques de criminels violents ou de récidivistes, comme il est fait dans l'État de Californie¹⁴² semble très pertinent, mais des mesures doivent être adoptées pour assurer leur protection, la confidentialité de l'information et la résistance à des influences extérieures. Il faut empêcher des personnes peu scrupuleuses d'utiliser les matériaux à des fins autres que judiciaires. Les informations recueillies dans le cadre des enquêtes judiciaires ne doivent donc pas servir à des fins médicales par exemple; cela est inacceptable et va à l'encontre du respect du droit à la vie privée.

Mais, est-ce que les échantillons biologiques fournis par un accusé pour des fins de comparaison peuvent être mis à la disposition de la défense? Dans la cause *Guevara*¹⁴³, il a été dit que tous les résultats d'échantillons fournis par l'accusé sont soumis au secret professionnel à moins que la défense ne cite à témoigner l'expert qui a effectué l'analyse. Ce raisonnement nous laisse perplexe; en effet, la technique d'identification par ADN est basée sur l'association des profils et consiste à établir les relations entre ces profils; comment alors dévoiler une partie des résultats sans révéler l'autre?

Quant à la preuve résultant d'échantillons biologiques prélevés sur un prévenu qui les a offerts volontairement peut-elle être utilisée contre lui dans des procédures judiciaires ultérieures? Selon la jurisprudence, le privilège de la non auto-incrimination de l'article 13 de la Charte canadienne ne s'applique qu'à l'incrimination testimoniale; elle ne vise pas la preuve physique ou matérielle. Cette interprétation restrictive de l'article 13 de la Charte sera appliquée quant à l'utilisation de la preuve provenant d'une analyse génétique.

En ce qui concerne les banques de données, bien qu'elles soient une aide précieuse pour la police et la justice dans leur souci de protection de la société¹⁴⁴, elles peuvent cependant constituer un véritable danger non seulement

142. Le *Code pénal de Californie* (*California Penal Code*, (1992), West Publishing Company, para 290.2) ainsi que certaines législations aux États-Unis permettent cette collecte d'échantillons pour fins de constitution de banques de données.

143. *R. v. Guevara*, 7 Octobre 1993, (C. prov. C.-B.), non rapporté.

144. Aux États-Unis, plusieurs affaires ont été résolues grâce aux banques de données contenant les dossiers génétiques des condamnés.

pour la vie privée de l'individu, mais aussi pour celle des tiers. En effet, l'information génétique stockée peut intéresser certaines personnes qui veulent avoir des renseignements sur les caractères génétiques d'un individu pour des raisons n'ayant aucun lien avec les enquêtes criminelles. Or, comme nous venons de le voir, «les données génétiques font partie du «domaine réservé», de la «sphère d'intimité» qu'il est au pouvoir de chacun de soustraire au regard, même bienveillant d'autrui»¹⁴⁵. Tout un chacun est libre de la communiquer ou non. Présentement, la question de mesure à prendre pour assurer une protection efficace de ces banques se pose. Faut-il réglementer la constitution de ces banques, l'accessibilité des données et leur durée de conservation, afin de limiter le risque d'atteinte aux droits de l'individu? Certes, plusieurs textes en droit québécois et canadien peuvent apporter des solutions précieuses sur cette question. Nous faisons allusion au *Code civil du Québec*¹⁴⁶, à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁴⁷, à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*¹⁴⁸, et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹⁴⁹. Mais ces législations sont insuffisantes et ne régissent ni la gestion des dossiers ni la circulation des renseignements.

145. Francis LERNALEGUEN, «La diffusion intra et inter-familiale de l'information génétique», dans *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, Éditions Thémis et Litec, 1992, p. 252.

146. L.Q. 1991, c.64, art. 37 qui requiert de «toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne un intérêt sérieux et légitime».

147. L.R.Q. c. A-2. Cette loi «ne parle pas de dossiers mais de fichiers de renseignements» : voir René LAPERRIÈRE, «La loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé - commentaire et guide d'interprétation», dans *Vie privée sous surveillance : la protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 151.

148. L.R.C. (1985) c. P-21.

149. L.Q. 1993, c. 17.

1.2.2. Le droit à la confidentialité

La notion de dignité recouvre aussi le respect de la confidentialité des renseignements intimes concernant une personne. Cette confidentialité lui donne le pouvoir de contrôler la circulation de l'information parmi les tiers¹⁵⁰. Le droit à la confidentialité est non seulement personnel à l'individu, mais protège aussi son patrimoine génique. En effet, avec l'informatisation des données génétiques, on touche à l'identité génétique de la personne; une information enregistrée sur l'ADN est égale non seulement à l'enregistrement du génome tout entier mais elle identifie et a un impact sur la famille. Les problèmes de confidentialité (confidentialité à l'intérieur des relations individus/familles, médecins/patients, citoyens/États) et d'accessibilité aux données restent donc entiers. La conservation des échantillons et des données est donc potentiellement dangereuse et met en jeu la vie et la sécurité de toute sa génération. Le droit à la confidentialité est donc aussi en péril.

1.3. Le droit à la non-discrimination

La Charte canadienne dans son article 15(1) énonce le droit à la non-discrimination en vertu de sa race, son origine nationale ou ethnique...ou de ses déficiences mentales ou physiques. Selon la cour, dans l'arrêt *Andrews*¹⁵¹, «la discrimination est inacceptable dans une société démocratique». L'individu est protégé aussi bien contre la discrimination volontaire et directe que contre celle involontaire et indirecte. La distinction en vertu de son profil génétique ou de son appartenance à une ethnie ou à un sous-groupe porteur de maladie génétique peut-elle être perçue comme une discrimination? En effet, la police pourrait avoir tendance à recueillir des échantillons pour fins de tests d'ADN d'un certain groupe de suspects en fonction de leur race, ce disproportionnellement à leur représentativité dans la société. Déjà en Grande-Bretagne, un commissaire parlementaire a proposé la mise en fiches de tous les hommes adultes pour, soi-disant, prévenir les cas d'agressions sexuelles.¹⁵²

150. Hélène GUAY et Bartha M. KNOPPERS, «Information génétique : qualification et communication en droit québécois», (1990) 21 *R.G.D.* 545, p. 565.

151. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

152. Voir G.C., «Les truands trahis par les gènes», *L'express*, 5 décembre 1991, p. 25.

2- Les droits de la défense

La contre-expertise est l'expression même des droits de la défense. La possibilité d'une contre-expertise peut se déduire de l'article 11 de la Charte canadienne qui énonce le droit à un procès juste et équitable. La question de justice se soulève dans les cas où l'on ne dispose pas d'une quantité d'échantillon appréciable prélevée sur les lieux du crime ou sur la victime; la Couronne serait donc la seule qui pourrait bénéficier de la preuve d'identification par ADN si on utilise la méthode de Southern qui, comme nous l'avons mentionné dans la partie 1, exige une quantité substantielle d'élément biologique. Ainsi, la règle de l'égalité des parties au procès ne sera pas respectée, puisque la défense ne pourra pas effectuer ses propres tests; elle est par conséquent limitée dans sa contre-expertise. Toutefois, on doit tempérer cette affirmation puisque la technique d'amplification génique (*PCR*) est maintenant intégrée à la technologie d'analyse d'ADN et mise en application dans les laboratoires.

Un autre point mérite d'être évoqué, c'est l'accessibilité économique de la méthode. Le coût du test, variant entre 750 et 1000 \$ par échantillon, peut être un frein pour l'accusé qui ne peut s'offrir les mêmes tests pour une contre-expertise¹⁵³. Ce coût sera augmenté si la défense doit aller en dehors du continent pour faire des tests puisqu'au Canada il n'existe qu'une seule entreprise privée qui est habilitée à faire ces analyses et les demandes pourraient être nombreuses.

L'impossibilité de contre-expertise équivaldrait-elle à une violation du droit à une défense pleine et entière ou affecterait-elle la crédibilité du témoignage puisque l'objet de la contre-expertise vise à garantir la certitude de l'identification et que toute action humaine comporte une marge d'erreur? La réponse n'est pas facile si l'on examine, en procédant par analogies, la jurisprudence citée dans l'ouvrage par le professeur Beliveau¹⁵⁴ où deux tendances contraires se dégagent : l'une reconnaît que l'impossibilité pour l'accusé de procéder à une contre-expertise était une violation de son droit à une

153. On peut mettre ici un bémol, car l'accusé peut, s'il est éligible, bénéficier de l'aide juridique.

154. Voir Pierre BELIVEAU, *Les garanties juridiques dans les Chartes des droits*, Editions Thémis, Montréal, 1991, pp. 329-331.

défense pleine et entière alors que pour l'autre tenant le procès équitable n'est pas du tout affecté.

Par ailleurs, les atteintes aux droits socio-économiques par accès ou par fuite d'informations peuvent se traduire par de la discrimination dans les domaines de l'emploi et de l'assurance.¹⁵⁵ Ainsi des employeurs peuvent refuser d'engager certaines personnes à cause de leur histoire génétique et des assureurs de les assurer.

Tous ces droits et surtout le respect de la dignité humaine nous amènent à considérer la nécessité d'un encadrement, car l'absence de dispositions claires ne peut favoriser que des abus. Il faut préciser dans quelles limites on devrait être autorisé à utiliser cette méthode qui pourrait porter atteinte aux droits individuels.

B- Nécessité d'un encadrement

L'élaboration d'un encadrement ne peut être faite sans recueillir des données nécessaires à sa confection au cours d'un débat éthique (1) et en déterminant le contenu à partir d'expériences législatives vécues dans d'autres pays (2).

1- Débat éthique et mécanismes de gestion sociale

Des préoccupations éthiques ont conduit divers comités à souhaiter une organisation de l'utilisation de la preuve d'identification et à tracer des grandes lignes directrices. Cependant ces tentatives de recommandations ne sauraient être efficaces sans une prise de conscience de tous.

155. Voir Hélène Guay, Bartha M. KNOPPERS et Isabelle PANISSET, « La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi », (1992) 52 *R. du B.*, p. 185.

1.1. Assises prospectives

Plusieurs comités éthiques et juridiques ont évalué les risques sociaux soulevés par la méthode de la preuve d'identification par ADN et ont émis des recommandations qui ont commencé à être intégrées dans les systèmes législatifs. Nous citerons comme exemple quelques instances : le Comité Consultatif National d'Éthique français pour ses avis rendus en 1989¹⁵⁶ et en 1991¹⁵⁷, le Conseil National Américain de la recherche pour son rapport concernant la preuve d'ADN en 1992¹⁵⁸, le Conseil de l'Europe pour sa recommandation adoptée en 1992¹⁵⁹, la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail sur les méthodes d'investigations scientifiques¹⁶⁰ ainsi que le commissaire à la protection de la vie privée du Canada¹⁶¹.

À travers ces textes, on peut dégager implicitement les principes suivants qui inspireront une normativité juridique.

---- *Le droit à l'intégrité* se manifestera par une limitation de la preuve d'identification par ADN à des fins judiciaires uniquement et sous le contrôle et l'autorisation du juge; donc, le test ne doit pas être permis à des fins de prévention policière ou de poursuites autres que pénales.

156. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, «Avis relatif à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN (technique des empreintes génétiques)», Paris, 15 décembre 1989.

157. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, «Avis relatif à l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de populations (problème des banques d'ADN de cellules et de l'informatisation des données)», Paris, 24 juin 1991.

158. NATIONAL RESEARCH COUNCIL, Committee on DNA Technology in Forensic Science, *DNA in Forensic Science*, National Academy Press, Washington, (1992).

159. CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, Recommandation N° R (92) 1 sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre de la justice pénale, Strasbourg.

160. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 56.

161. COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ministère des approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1992, pp. 50-59.

Outre les restrictions énumérées par le droit interne¹⁶², le consentement du suspect doit être requis.

---- *La protection de la vie privée* se traduira par une utilisation restreinte à la partie non codante de l'ADN (la finalité des empreintes génétiques n'est pas de constituer une carte génétique) et par une limitation de constitution des banques de données et une protection des données¹⁶³. Quant aux échantillons, ils ne peuvent être utilisés que pour les affaires pour lesquelles ils ont été prélevés. La conservation pour des actions *ad futurum*, n'ayant aucun lien direct avec l'infraction reprochée, est prohibée. Cela suppose la destruction des échantillons des personnes innocentées. Cependant, on peut entrevoir dans une recommandation¹⁶⁴ que la conservation des échantillons ou des résultats de l'analyse d'ADN de personnes non condamnées est envisagée dans les cas d'une infraction où la sûreté de l'Etat est mise en cause.

---- **L'égalité des parties**

Un accès égal aux méthodes de l'ADN comme un élément de preuve doit être admis aussi bien pour la poursuite que pour la défense; il en sera de même de l'accès aux informations obtenues qui fut considéré, depuis l'arrêt *Stinchcombe*¹⁶⁵, comme une composante indispensable du droit à une défense pleine et entière.

162. Voir les articles 256 à 258 du *Code criminel* et l'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*, précités, note 124.

163. Des informations limitées seraient accessibles seulement à partir d'une banque de données nationale dont l'accès serait réservé à un nombre restreint de personnes légalement autorisées et dans le cadre de procédures officielles bien spécifiées par la loi.

164. CONSEIL DE L'EUROPE, Rec. R (92) précitée, note 159.

165. *R. c. Stinchcombe*, (1991) 130 N.R. 277.

---- La qualité de l'information génétique

L'agrément des laboratoires et l'encadrement de la technique sont considérés comme une nécessité. Selon les recommandations citées plus haut, l'agrément ne peut être donné qu'à des laboratoires ou des institutions répondant aux critères d'intégrité scientifique et de compétence professionnelle. Quant à l'encadrement, il sera mis en oeuvre à partir des procédures suivantes : un protocole de contrôle (vérification de la provenance de l'échantillon et méticulosité dans l'étiquetage), un contrôle de l'analyse au cours des diverses étapes, un autocontrôle par les techniciens et par un contrôle extérieur des laboratoires au moins une fois l'an.

Tous ces principes doivent reposer, non seulement sur la communication de l'information et sur la formation des intervenants, c'est-à-dire des utilisateurs de la méthode, mais aussi sur la prise de conscience de toute la société.

1.2. La communication

En raison des enjeux éthiques de la preuve d'identification par ADN, tous les acteurs sociaux doivent être conviés à un débat public. Et pour ce faire deux étapes sont nécessaires : la formation et l'information.

La formation doit concerner non seulement les scientifiques (l'accélération prodigieuse des techniques et la découverte de nouveaux gènes incitent à une mise à jour régulière des connaissances et à une attitude de responsabilité), les juristes appelés à utiliser cette nouvelle preuve et à en évaluer la force probante ainsi que le grand public.

Dans la société où les repères traditionnels s'effritent et où les imaginaires prédominent face à la science, l'information et l'éducation s'avèrent impératives. En effet le plus grand danger résulte de l'ignorance, du manque de connaissance et du manque de transfert de connaissance. La société ne doit pas s'enfermer dans un enthousiasme débordant. Elle doit estimer les répercussions immédiates et lointaines, les conséquences juridiques et éthiques inhérentes à l'utilisation de la méthode des analyses génétiques. Il faut aussi mettre l'accent sur l'information adéquate du public, et l'inciter au dialogue et à la responsabilisation, car l'utilisation des analyses génétiques relèvent de la

responsabilité de la société toute entière. Le travail d'information concerne également les médias qui doivent donner des renseignements objectifs et précis.

Des dispositifs législatifs faciliteraient certes l'utilisation de la preuve d'identification puisque la loi peut fixer des limites pour éviter des abus et concilier le respect des valeurs fondamentales.

2- Assises de droit positif

Il nous semble important d'indiquer s'il existe des statuts encadrant la preuve d'identification par ADN en droit comparé afin de cerner la protection juridique adéquate en droit pénal canadien. Par conséquent, un bref examen de l'expérience législative étrangère paraît indispensable.

2.1. Droit comparé

Les législations encadrant la preuve d'identification par ADN sont quasi inexistantes; seuls les États-Unis ont une avance dans ce domaine : ils ont édicté des lois autorisant l'utilisation des analyses génétiques dans des enquêtes criminelles ainsi que l'entreposage de données génétiques dans des banques de données¹⁶⁶. Ainsi huit États¹⁶⁷ ont adopté des législations concernant l'admissibilité des tests d'ADN et vingt-deux¹⁶⁸ ont légiféré pour autoriser un prélèvement obligatoire d'échantillons de sang en vue de l'identification génétique. En France, le *projet de loi n° 2599*¹⁶⁹, s'inspirant de l'avis du Comité Consultatif National d'Éthique, a consacré un paragraphe à l'utilisation de la preuve génétique. Ce projet pose le principe d'un encadrement législatif de cette preuve et y subordonne son utilisation à une autorisation judiciaire. En

166. Lorne T. KIRBY, *op. cit.*, note 64, pp. 199-201; au total on peut dénombrer, en octobre 1993, 20 législations.

167. Ce sont les États de l'Indiana, de la Louisiane, du Maryland, du Minnesota, du Nevada, du Tennessee, de la Virginie et du Wisconsin.

168. L'Arizona, la Californie (ici, la législation est intégrée au Code pénal, voir l'article 290.2), le Colorado, la Floride, la Georgie, l'État d'Hawaï, l'Illinois, l'Indiana, l'Iowa, le Kansas, le Kentucky, le Michigan, le Minnesota, le Missouri, le Nevada, l'Oklahoma, l'Oregon, le Dakota du Sud, le Tennessee, la Virginie, l'État de Washington, le Wisconsin.

169. *Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le code civil*, J.O., doc. Assemblée Nationale, 1992, n° 2599, pp. 13-15.

Allemagne, le ministère de la Justice prépare un projet de modification du Code de procédure pénale sur l'utilisation des analyses génétiques lors des procès criminels¹⁷⁰; l'usage des échantillons biologiques comme éléments de preuve devant les tribunaux criminels sera ainsi réglementé. Les autorités néerlandaises ont aussi présenté un projet de loi autorisant le prélèvement du sang ou de tout échantillon biologique en vue d'une analyse génétique, sous réserve de l'exigence par la cour suprême d'une base légale avant l'emploi d'une telle technique¹⁷¹. Au Canada, la loi est muette pour le moment, mais n'est-il pas temps de réagir au moment où cette preuve se bouscule devant les tribunaux?¹⁷² La technologie, en matière de cueillette de preuves, n'est pas figée et requiert de nouvelles réponses de la part du législateur.

2.2. Proposition d'une législation au Canada

Les règles de l'utilisation de la preuve d'identification par ADN sont pour le moment déduites des décisions des tribunaux. D'entrée de jeu, on pourrait se laisser convaincre par le *statu quo*, mais en l'absence de toute loi, on assistera à des pratiques abusives. De même, on pourrait interdire purement et simplement cette méthode qu'on jugerait perméable aux atteintes aux droits de l'individu; cette position ne serait pas raisonnable et l'administration efficace de la justice en pâtirait. Une solution adéquate consisterait à fixer un cadre général pour l'utilisation de ce moyen de preuve en prenant diverses mesures assorties de sanctions pénales et en mettant en place des commissions spécialisées de vérification. Ces mesures doivent être inspirées par des préoccupations de justice, n'évacuer aucune considération morale, et être modérées. Certes, les normes ne sont pas parfaites, mais elles doivent viser une qualité adéquate. Elles doivent être des guides, des outils fonctionnels tout en demeurant perfectibles au gré de l'évolution de la technologie et de la connaissance. Les pouvoirs exorbitants accordés aux policiers par le *Projet de Loi C109*¹⁷³ permettraient

170. N. LENOIR, *op. cit.*, note 9, p. 399.

171. G. CORTES, «Le droit néerlandais», (1993) 63 *Revue Internationale de droit pénal*, 285.

172. À ce jour, on peut compter plus d'une centaine de témoignages rendus par des experts devant nos tribunaux.

173. *Loi modifiant le Code criminel en matière de surveillance électronique et d'interception des communications par téléphone cellulaire* (Projet de loi C-109) Art. 487.01(1) : «Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut décerner un mandat par écrit autorisant un agent de la paix, sous réserve du présent

d'envisager l'utilisation d'une telle preuve; cette solution est peut-être valable, mais le droit positif ne saurait combler le vide juridique et faire face à des situations critiques, car la génétique relève d'un domaine où le pouvoir offert est «dangereux» et écrasant. Il y a aussi le piège de déviation de l'information soulevé par la création de banques de données ou de fichiers. Il faut limiter les données qui seront accessibles aux tiers. Ainsi, la preuve d'identification par ADN doit être encadrée par une législation pour éviter les abus. Le *Code criminel* ou la *Loi sur la preuve*¹⁷⁴ devraient être modifiés pour poser les limites juridiques spécifiques à l'utilisation de la preuve d'identification par ADN. L'amendement pourrait aussi viser la *Loi sur l'identification des criminels*¹⁷⁵ en y incluant, par exemple à l'article 2 (1), une disposition qui permettrait des prélèvements d'échantillons biologiques. Cependant, le législateur doit tenir compte de la proportionnalité entre les atteintes aux droits de l'accusé et les avantages que peut retirer la justice.¹⁷⁶ Cette loi doit protéger les valeurs fondamentales comme le droit à l'intégrité, le droit à l'intimité, le droit à la non-discrimination etc... Elle devrait reprendre les grandes recommandations telles l'utilisation de la partie non-codante de l'ADN pour l'identification en matière criminelle; l'usage restrictif de la preuve obtenue (crimes graves et dans des procédures judiciaires, ce qui suppose l'autorisation du juge pour les prélèvements d'échantillons); la limitation des analyses d'échantillons aux causes pour lesquelles les échantillons ont été requis et pour les finalités ordonnées; le respect du droit à la contre-expertise par le prélèvement d'une quantité appréciable d'échantillons biologiques; l'accomplissement des analyses par des laboratoires agréés; le contrôle rigoureux de la technique et des banques de données; la restriction de l'accès à l'information à certaines personnes bien identifiées et habilitées; la destruction des données génétiques des personnes

article, à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien...»

174. *Loi sur la preuve au Canada*. S.R.C 1970, c. E-10

175. *Loi sur l'identification des criminels*. S.R.C. 1970, c. I-1.

176. Voir l'arrêt *Oakes*, *précité*, note 116, qui à propos de la raisonnabilité de la règle de droit qui peut restreindre les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne* dans son article 1, énonce un test de proportionnalité à trois composantes à savoir : «a) la présence d'un lien rationnel entre la mesure proposée et l'objectif à atteindre; b) malgré la présence de cette rationalité, l'atteinte au droit garanti par la Charte sera la plus minime possible, c) proportionnalité entre les effets de la mesure proposée et l'objectif identifié comme suffisamment important».

innocentées dans les banques de données et l'élimination des échantillons sauf si la sûreté de l'État est en cause. Dans tous les cas, les échantillons et les données pourraient être conservés pendant un délai fixé par la loi. Toute infraction pourrait donner lieu à une responsabilité pénale.

CONCLUSION

À première vue, notre étude révèle que l'un des principaux écueils à l'admissibilité de la preuve d'identification par ADN est lié au problème des probabilités statistiques et à la population de référence. Mais force nous est de constater que les atteintes qui peuvent découler de la cueillette des échantillons et de l'utilisation des données sont plus graves. En effet, les analyses génétiques, même si elles ne créent pas un véritable pouvoir scientifique, peuvent mettre en péril un nombre important de droits fondamentaux et, en conséquence, le respect de la dignité humaine. Nous suggérons d'introduire dans la législation nationale des mesures coercitives qui pourraient limiter les abus. Il faut mettre en place une réglementation qui répondra mieux aux exigences de la liberté et de la démocratie et assurera la protection de l'information génétique. Cependant, toute réglementation exclusivement nationale risquerait de s'avérer inefficace et dangereuse dans la pratique; en effet, la nécessité de favoriser la circulation libre des données pour des raisons économiques et pour l'efficacité de la lutte contre la criminalité soulève des questions qui imposent de mettre en place des dispositifs appropriés et coordonnés. Il est inéluctable de progresser vers une harmonisation des réglementations et des accords de type international. Sans nul doute, une pareille approche paraît plus réaliste dans la lutte contre la criminalité et la protection de la dignité humaine.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT EN MATIÈRE DE
RESPONSABILITÉ MÉDICALE ET LA « SUBJECTIVITÉ RATIONNELLE » :
MARIAGE DE CONVENANCE OU MÉSALLIANCE?

Auteur(s) : Robert P. KOURI

Revue : *RDUS*, 1993-1994, volume 24, numéro 2

Pages : **345-367**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13373>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13373>

Page vide laissée intentionnellement.

**L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT
EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE
ET LA «SUBJECTIVITÉ RATIONNELLE» :
MARIAGE DE CONVENANCE OU MÉSALLIANCE?***

par Robert P. KOURI**

L'auteur retrace l'évolution de la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec se rapportant à l'obligation du médecin de renseigner son patient, ainsi qu'au critère applicable quant à la preuve de la causalité lors d'une violation du devoir d'obtenir le consentement éclairé du patient, suite aux décisions de la Cour suprême dans Hopp c. Lepp et Reibl c. Hughes. La Cour d'appel a déjà proposé comme compromis entre le standard du patient raisonnable et celui du médecin raisonnable, le critère de la «subjectivité rationnelle». L'auteur prétend qu'en prônant un rapprochement de ces deux standards, certains juges de la Cour d'appel essayent, en effet, de réconcilier des règles de fond qui sont antinomiques.

*, L'auteur désire remercier sa collègue, la professeure Suzanne Philips-Nootens, qui a lu et qui a fait de nombreuses suggestions concernant ce texte. Toutefois, les vues exprimées sont celles de l'auteur seulement.

**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

In his commentary, the writer retraces the evolution of the Quebec Court of Appeal jurisprudence relating to the physician's duty to inform the patient as well as the standard to be applied in order to prove causation in cases of violation of the duty to obtain informed consent, following the Supreme Court decisions in Hopp v. Lepp and Reibl v. Hughes. As a compromise between the Supreme Court's reasonable patient test and the traditional reasonable physician test, the Court of Appeal has proposed a so-called «rational subjectivity» or «rationally subjective» standard. The writer maintains that in attempting to harmonize these two standards, certain judges of the Court of Appeal are in fact seeking to reconcile antithetical fundamental rules.

(1994) 24 R.D.U.S.	<i>L'obligation de renseignement en matière de responsabilité médicale et la «subjectivité rationnelle» : mariage de convenance ou mésalliance?</i>	347
--------------------	---	-----

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	347
1 - Évolution d'un standard : du critère objectif au critère de la subjectivité rationnelle	348
2 - Les faux titres de noblesse de la «subjectivité rationnelle»	360
Conclusion	365

Introduction

Certains arrêts récents¹ de la Cour d'appel du Québec dans le domaine de la responsabilité civile médicale sont significatifs car ils semblent consacrer une création prétorienne portant le nom de «subjectivité rationnelle» ou de «raisonnabilité subjective»². La «subjectivité rationnelle» est un terme élaboré par la Cour d'appel pour décrire une technique visant à vérifier l'existence d'un rapport de causalité entre le manquement du médecin à son devoir d'informer adéquatement son patient et le préjudice résultant d'un risque non révélé qui s'est réalisé lors du traitement. Ce test consiste à comparer la décision qu'aurait prise une personne raisonnable en ces mêmes circonstances, avec l'affirmation de la victime que si elle avait connu tous les risques importants ou prévisibles de l'intervention, elle n'aurait pas acquiescé à l'acte³. D'aucuns⁴ voient dans l'élaboration de ce test une façon de concilier le test objectif proposé par la Cour suprême dans les causes de *Hopp c. Lepp*⁵ et *Reibl c. Hughes*⁶ et le test subjectif prôné par certaines juges de la Cour d'appel⁷.

-
1. *Pelletier c. Roberge*, [1991] R.R.A. 726 (C.A. Québec); *Parenteau c. Drolet*, [1994] R.J.Q. 689 (C.A. Montréal).
 2. Notons que dans *Parenteau c. Drolet*, *id.* les expressions «subjectivité rationnelle» et «raisonnabilité subjective» ne sont pas utilisées, mais la notion qu'elles représentent y est exprimée. Ajoutons immédiatement qu'au cours de ce commentaire, nous éviterons de nous servir de la deuxième locution car le mot «raisonnabilité», calqué sur le mot anglais «reasonableness», ne semble pas exister en français.
 3. J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 4e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1994, p. 655, n° 1227.
 4. *Id.*; M. Fauteux, P. Magnan, «Le consentement éclairé et le devoir d'information», (1986) R.R.A. 139, p. 145; F. Tôth, «L'obligation de renseignement du médecin en droit civil québécois», conférence présentée dans le cadre d'un colloque du Canadian Institute intitulé *Responsabilité médicale et hospitalière : Aspects éthiques et juridiques* tenu à Montréal le 29 octobre 1990, 1, pp. 34 et 37; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard, S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1995, pp. 186 à 188. Évidemment, pour une description plus circonstanciée de ce point de vue, le lecteur est prié de consulter ces sources
 5. [1980] 2 R.C.S. 192.
 6. [1980] 2 R.C.S. 880.
 7. Par exemple, le juge LeBel dans *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A. Montréal) et dans *Dineen c. Queen Elizabeth Hospital*, [1988] R.R.A. 658 (C.A. Montréal); les juges Chouinard, Beauregard et Mailhot dans *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A. Montréal).

Afin d'apprécier à sa juste valeur le critère de la «subjectivité rationnelle», nous allons, dans un premier temps, tracer les origines et l'évolution de cette notion en examinant d'abord la jurisprudence de la Cour suprême et ensuite la réaction de la Cour d'appel du Québec aux principes dégagés par la Cour suprême. Dans un deuxième temps, nous effectuerons l'analyse critique de cette innovation jurisprudentielle.

1 - Évolution d'un standard : du critère objectif au critère de la subjectivité rationnelle

À l'occasion de deux appels dans des affaires de responsabilité médicale, l'une d'origine albertaine (*Hopp c. Lepp*)⁸, et l'autre d'origine ontarienne (*Reibl c. Hughes*)⁹, la Cour suprême, sous la plume du juge en chef Laskin, avait saisi l'opportunité d'établir les principes régissant les paramètres de l'obligation du médecin d'informer son patient. Le standard proposé par la Cour suprême eut un effet considérable car on remplaça le critère du «médecin raisonnable» suivi jusqu'alors par la *common law* canadienne par celui du «patient raisonnable»¹⁰. Dans *Hopp c. Lepp*¹¹, le juge en chef affirma au nom de la Cour que le médecin, sans qu'on le lui ait demandé, devait divulguer, entre autres, les risques importants d'une intervention. Il précisa sa pensée dans les termes suivants :

*«Selon cette classification, les risques possibles dont les conséquences
pourraient être graves pourraient bien être considérés comme*

-
8. *Op. cit., supra*, note 5. Le patient reproche au médecin de ne pas l'avoir renseigné sur les aléas d'une hémilaminectomie qui n'a pas produit les résultats escomptés nonobstant l'absence de faute de la part du chirurgien lors de l'intervention.
 9. *Op. cit., supra*, note 6. Le patient à qui l'on propose une intervention afin d'éliminer une obstruction à l'artère carotide gauche, n'est pas informé des risques de paralysie ou de mort. Ce patient devient hémiparétique à la suite de l'opération, sans qu'on puisse reprocher au médecin quelque faute technique.
 10. Selon la professeure M.A. Somerville, «Structuring the Issues in Informed Consent», (1981) 26 R. D. McGill 740, pp. 754, 755, le standard du médecin raisonnable ou le «professional disclosure standard» consiste à déterminer «...what the reasonable physician of that speciality would tell the patient in the same circumstances», tandis que le standard du patient raisonnable ou «full disclosure standard» exige que le médecin expose «...all those consequences and risks which would be material to a reasonable patient in the same circumstances».
 11. *Op. cit., supra*, note 5.

importants. L'importance connote un critère objectif selon ce que l'on pourrait raisonnablement considérer comme ayant une influence sur le consentement du patient.»¹²

La cause de *Reibl c. Hughes*¹³ compléta la démarche entreprise dans *Hopp* :

«Permettre que les témoignages des médecins experts déterminent quels sont les risques importants et, donc, ceux à divulguer et, corrélativement, quels risques ne sont pas importants, équivaut à confier à la profession médicale toute la question de la portée du devoir de divulguer, y compris celle de savoir s'il y a eu manquement à ce devoir.»¹⁴

De plus, on énonça le principe applicable en ce qui a trait à la détermination d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice :

«Puisque la responsabilité repose seulement sur la négligence, lorsqu'il y a défaut de divulguer les risques importants, la question de la causalité dépendra du patient selon le critère subjectif, et l'acceptation de son témoignage entraînera inévitablement la responsabilité à moins, bien sûr, que l'on ait conclu qu'il n'y a pas eu manquement au devoir de divulguer. Il est donc préférable, à mon avis, d'appliquer la norme objective à la question de la causalité.

En disant que le critère est fondé sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable placée dans la situation du patient, je dois préciser que les inquiétudes particulières du patient doivent également avoir un fondement raisonnable; sinon, la marge de subjectivité serait supérieure à celle permise dans un critère objectif. [...] En bref, bien que l'on doive tenir compte de la situation particulière d'un patient, situation qui variera selon le patient, il faut l'évaluer objectivement en fonction de ce qui est raisonnable.»¹⁵

12. *Ibid.*, p. 209.

13. *Op. cit.*, *supra*, note 6.

14. *Ibid.*, p. 894.

15. *Ibid.*, pp. 899, 900.

Tel que signalé auparavant, c'est ce dernier point sur la causalité et son accueil par le droit québécois qui nous intéresse particulièrement pour les fins de ce commentaire.

Au lendemain de ces décisions, les tribunaux québécois de première instance firent, pour la plupart, application des principes émis par la Cour suprême même si, comme question de fait, *Hopp* et *Reibl* étaient des jugements fondés sur la *common law*.¹⁶

Initialement, la Cour d'appel du Québec sembla aussi avoir adopté la norme établie par la Cour suprême. Dans *O'Hearn c. Estrada*¹⁷, la Cour rejeta l'appel du patient qui, suite à un examen angiographique, avait subi une embolie cérébrale provoquant une paralysie partielle. Le patient reprocha au médecin de ne pas l'avoir informé des risques de l'examen. Le juge Beauregard, avec le concours des juges Tyndale et Chouinard, statua que le patient avait été suffisamment renseigné. Mais il ajouta¹⁸ :

*«Je suis en effet d'opinion que même si les intimés n'avaient pas fourni à l'appelant assez d'éléments pour que celui-ci puisse donner un consentement éclairé, je rejetterais quand même le pourvoi au motif qu'il me paraît probable qu'un homme raisonnable, placé dans la situation où l'appelant était, n'aurait pas refusé de subir l'angiographie même s'il avait obtenu toutes les statistiques disponibles quant aux risques d'un tel examen.»*¹⁹

L'année suivante, c'est-à-dire en 1985, la cause de *Dunant c. Chong*²⁰ fut l'occasion pour la Cour d'appel de confirmer sa prise de position dans *O'Hearn*²¹.

16. Voir notre étude, «L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois», (1984) 44 R. du B. 851, p. 857 et ss.

17. C.A. Montréal le 17 avril 1984, n° 500-09-000999-813; J.E. 84-449.

18. Même si cela a pour effet d'alourdir le style, nous reproduirons certains extraits pertinents des jugements afin de ne pas dénaturer la pensée des magistrats cités.

19. *Op. cit.*, *supra*, note 17, p. 17. F. Tôth, (*loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 36) est d'opinion que le juge Beauregard a également fait l'application du test subjectif car il a fait état des circonstances particulières du patient qui se retrouvait dans une situation intolérable.

20. C.A. Montréal, le 13 décembre 1985, n° 500-09-000035-816, J.E. 86-73.

21. *Op. cit.*, *supra*, note 17, surtout parce que deux des trois juges (MM les juges Tyndale et Chouinard) avaient participé à la décision dans *O'Hearn*.

Le patient avait un méningiome au cerveau. Il reprocha aux médecins-défendeurs de ne l'avoir pas informé des risques de l'intervention avant une première opération pour enlever la tumeur. Au cours de celle-ci, l'œdème cérébral nécessita l'arrêt du traitement. Un mois plus tard, on réopéra le patient afin de compléter l'exérèse du méningiome. Malheureusement, le patient devint aveugle. Confirmant le rejet du recours par une décision unanime, les juges furent plus nuancés quant à l'application des principes émis par la Cour suprême.

Selon le juge Dubé, le patient avait été adéquatement informé des risques des deux opérations²². Mais il ajouta :

«D'après l'ensemble de la preuve, il ressort que l'appelant était un homme intelligent, instruit, qui a certainement dû réaliser, après les explications données par les médecins, qu'il n'y avait pas d'autre choix possible pour lui que de subir au plus tôt les interventions chirurgicales qu'on lui proposait. D'ailleurs, il n'y a aucune mention dans la preuve à l'effet que l'appelant aurait refusé les opérations s'il avait été plus informé.»²³

Pour sa part, le juge Tyndale affirma que :

«Dunant chose, as any reasonable man in his position would choose, to undergo the operation.»²⁴*

Il souligna cependant que :

«It is difficult or impossible to apply the subjective standard in Dunant's case, because the question of whether he would have refused is not squarely raised. Applying the objective standard of informed choice, in my opinion a reasonable person in Dunant's position, with full disclosure of all the pros and cons, and without benefit of

22. *Op. cit.*, *supra*, note 20, p. 3 de son opinion.

23. *Ibid.*, p. 6.

24. *Ibid.*, p. 4 de l'opinion du juge Tyndale. *En note infrapaginale, il ajoute, «Part of the "objective" standard as opposed to the subjective standard or the professional standard of the duty to inform».

hindsight, would have chosen to undergo the second operation without delay.»²⁵

Même si le juge Chouinard souscrivit aux opinions de ses deux collègues, nous constatons que le juge Dubé fut enclin à privilégier le standard subjectif tandis que le juge Tyndale demeura partisan du standard objectif. Est-ce par choix ou, comme le juge Tyndale l'affirma, parce qu'il était dans l'impossibilité d'y faire appel, qu'il dut écarter la thèse subjective?

Dans la cause de *Dodds c. Schierz*²⁶, le médecin avait prescrit des anovulants à une personne ayant déjà souffert de phlébite. Malgré son jeune âge, la patiente fut victime d'une hémorragie cérébrale laissant comme séquelle une paralysie partielle. Le litige porta essentiellement sur la question de la causalité entre le fait de prescrire des anovulants à une personne ayant les antécédents médicaux de la patiente et le préjudice subi, ainsi que sur la qualité de son consentement à l'administration de ces médicaments. Même si, en appel, le banc de trois juges (MM les juges Monet, Rothman et Mme la juge L'Heureux-Dubé) confirma la condamnation prononcée par le juge de première instance²⁷, les avis furent partagés quant à la pertinence des arrêts de la Cour suprême. Le juge Monet, avec le concours de la juge L'Heureux-Dubé, se prononça contre la réception de ceux-ci dans les termes suivants :

«Le droit civil connaît bien la notion du consentement éclairé. Le contrat suppose un consentement (art. 984 C.C.). Le contenu du contrat est interprété à la lumière de l'article 1024 C.C. L'obligation d'obtenir le consentement du patient est de nature contractuelle. Il faut rattacher au contenu du contrat médical l'obligation de renseigner et de conseiller. Plutôt que de prendre appui sur des arrêts exposant les règles juridiques du common law, par exemple les affaires Hopp et Reibl, je préfère pour ma part consulter la jurisprudence de la Cour de cassation française, à défaut - si tant est que ce soit le cas - de jurisprudence québécoise, compte tenu des sources de notre droit civil.»²⁸

25. *Ibid.*, p. 15.

26. [1986] R.J.Q. 2623 (C.A. Montréal).

27. [1981] C.S. 589 (Malouf, J).

28. *Op. cit.*, *supra*, note 26, p. 2630.

Le juge Rothman, par contre, demeura résolument favorable à la valeur persuasive de *Hopp* et de *Reibl* :

«Finally, I wish to say a word concerning the practise, referred to by my colleague Monet, of citing English common law authorities on issues of Quebec civil law.

As a matter of principle, I agree with him, of course that there is a danger in treating English common law decisions as authorities in Quebec cases which do not depend on similar legal principles under Quebec law. The Supreme Court of Canada and this Court have consistently condemned the practise, as has a good deal of learned legal writing.

*But, with respect, I do not believe any criticism of that kind is warranted in the present case. The issues of medical negligence and informed consent were no different here than they would have been in the common law provinces of Canada.»*²⁹

La Cour d'appel fut appelée à nouveau à se prononcer sur la responsabilité du médecin dans la cause *Chouinard c. Landry*³⁰, et le désaccord parmi ses membres ne sembla pas vouloir se résoudre. Le père d'un patient mineur n'avait pas été adéquatement informé de la possibilité de recourir à un traitement plus conservateur que la réduction ouverte d'une fracture. Non seulement le juge LeBel mit-il en doute la compatibilité du «*full disclosure test*» avec la détermination d'une faute en droit québécois³¹, mais de plus, sur la question de la causalité, il déclara :

«Je ne suis cependant pas sûr en analysant toujours le concept de responsabilité par rapport à l'appréciation du comportement du médecin, que dans notre système de droit civil cette chaîne causale s'apprécie par rapport au patient en quelque sorte abstrait, comme dans le test de common law. Le droit civil exige plutôt l'appréciation du comportement du médecin, bon praticien, du bon père de famille

29. *Ibid.*, p. 2637.

30. *Chouinard c. Landry*, *op. cit.*, *supra*, note 7.

31. *Ibid.*, pp. 1968, 1969.

médecin, par rapport au patient placé devant lui. En l'espèce, il faut examiner plutôt si le patient lui-même aurait consenti à l'intervention, en retenant cependant le risque que la version de celui-ci ne soit colorée par les malheurs qui lui sont arrivés.»³²

Le juge Tyndale, fidèle à ses opinions dans *O'Hearn*³³ et *Dunant*³⁴, réaffirma que c'est le test objectif qui s'impose en droit québécois :

«Moreover, it is an objective test that we must apply in examining the causal connection between a lack of information and the damage suffered. In my opinion the legendary reasonable man, le bon père de famille, fully informed of those risks, especially the remoteness of the chance of any serious consequence, would have agreed to the procedures recommended.»³⁵

Mais il ajouta aussitôt :

«Even subjectively, Appellant's father testified that his attitude was one of confidence in the doctor, so that he himself, if informed, would have agreed in all probability.»³⁶

Le juge Jacques, dissident dans cette cause, sembla approuver l'importation des causes de *Hopp* et *Reibl*, prétendant qu'elles ne faisaient que confirmer des règles déjà admises en droit québécois ainsi qu'ailleurs quant à l'obligation d'informer. Il ne se prononça pas sur leur pertinence en ce qui a trait

32. *Ibid.*, pp. 1970, 1971.

33. *Op. cit.*, *supra*, note 17.

34. *Op. cit.*, *supra*, note 20.

35. *Op. cit.*, *supra*, note 7, p. 1964.

36. *Id.*

à la causalité³⁷. Paradoxalement, la Cour suprême refusa la permission d'appeler de cette décision³⁸.

*Dineen c. Queen Elizabeth Hospital*³⁹ est la première cause où la Cour d'appel fait l'unanimité, du moins en apparence, sur la détermination du lien de causalité par l'application du test subjectif. À la suite d'une intervention à la jambe qui ne produisit pas les résultats escomptés, le patient reprocha au médecin et à l'hôpital d'avoir commis une erreur de diagnostic en plus de ne pas avoir adéquatement rempli leur devoir de renseignement. Confirmant le jugement de rejet du juge de première instance, le juge LeBel affirma :

*«En cette matière, le médecin a l'obligation d'adapter son comportement à celui du patient qu'il traite et de veiller à lui fournir l'information appropriée. Dans la négative [c'est-à-dire lorsque le médecin n'exécute pas son obligation d'informer], l'on doit rechercher si le patient aurait, suivant la balance des probabilités, dans les circonstances de l'espèce, consenti quand même à l'intervention. Dineen était un adulte qui insistait même pour obtenir un soulagement à ses douleurs pénibles. Lui aurait-on décrit à l'avance le risque d'une infection fort rare, qu'il m'apparaît improbable qu'il ne serait pas soumis à cette opération.»*⁴⁰

Dans l'arrêt *Gburek c. Cohen*⁴¹, la Cour d'appel prit encore une fois ses distances par rapport au test objectif. Un paraplégique atteint de lésions infectées

37. *Ibid.*, à la p. 1961, il écrit : «Quoique ces affaires émanent d'autres juridictions que le Québec, la règle qu'elles posent s'applique tout de même dans notre juridiction. Il s'agit d'une règle de conduite entre un médecin et son patient qui relève de l'éthique médicale. Elle est reconnue dans d'autres juridictions, tels les États-Unis; le juge en chef y réfère. Elle existe aussi en France : la Cour d'Appel de Paris l'applique.»

Quant au critère de la causalité, le juge Jacques prétend que la question ne se pose pas dans le cas présent car il ne s'agissait pas d'une intervention «...inéductible et urgente». À cause du manquement au devoir d'information, le médecin doit supporter le risque opératoire (*ibid.*, à la p. 1963).

38. [1988] 1 R.C.S. vii.

39. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

40. *Ibid.*, p. 660. Bien que les juges McCarthy et Meyer fussent en accord avec le Juge LeBel, le juge McCarthy affirma qu'on n'avait pas l'obligation d'informer le patient des «*dangers inseparable from any operation*».

41. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

au dos avait été soigné au moyen d'un antibiotique, la gentamycine, dont l'usage prolongé comporte des risques pour la fonction rénale et l'ouïe. Il reprocha au médecin de ne pas l'avoir avisé de ceux-ci. Renversant la décision de première instance, la Cour d'appel retint la responsabilité du médecin. Le Juge Chouinard appliqua les deux tests de causalité. D'abord il exprima l'opinion que :

«Il n'est pas douteux qu'une personne raisonnable, à la place du demandeur, aurait voulu connaître le risque au début ou pendant le traitement, eu égard à l'importance des conséquences possibles et à la jeunesse de l'appelant, dont l'ouïe était d'autant plus importante qu'il devait tenir compte de son état de paraplégique qui réduisait considérablement ses autres facultés.»⁴²

Par la suite, il ajouta :

«Les circonstances particulières de la présente affaire permettent de conclure que l'appelant aurait refusé le traitement de gentamycine, eût-il été informé de ses conséquences.»⁴³

Le juge Beauregard, avec le concours de Mme la juge Mailhot sur ce point en particulier⁴⁴, fit l'application du test subjectif :

«En conséquence, si l'intimé avait consulté l'appelant en cours de traitement, l'intimé aurait dit à l'appelant qu'il était nécessaire de continuer le traitement à la gentamycine et, dans l'état où il se trouvait, il n'est pas douteux que l'appelant aurait suivi les recommandations de son médecin. À mon humble avis, il n'est pas réaliste de penser le contraire.»⁴⁵

C'est dans l'arrêt de la Cour d'appel dans *Pelletier c. Roberge*⁴⁶ que l'on évoqua pour la première fois les expressions «subjectivité rationnelle» et «raisonnabilité subjective». Selon les faits de la cause, l'on soupçonnait chez le

42. *Ibid.*, p. 2433.

43. *Ibid.*, p. 2434.

44. *Ibid.*, p. 2447.

45. *Ibid.*, p. 2443.

46. *Op. cit.*, *supra*, note 1.

patient la possibilité d'une tumeur cancéreuse au canal médullaire cervical. Une opération exploratoire fut pratiquée, laissant le patient paralysé. Une autre intervention s'avéra donc nécessaire afin d'éliminer un hématome et soigner une infection. En plus de reprocher au médecin une erreur de diagnostic et une négligence lors du traitement, on invoqua son manquement à l'obligation de renseigner le patient sur les risques probables de l'opération.

En rejetant l'appel du demandeur, le Juge Brossard (avec le concours des Juges Tyndale et Rousseau-Houle) écrivit :

«Or, les appelants nous soumettent, à juste titre, que la jurisprudence québécoise n'a pas retenu le test strictement objectif imposé par la Cour suprême dans l'affaire Reibl c. Hughes. Ceci, cependant, n'est que partiellement vrai. En effet, notre jurisprudence comporte une dualité d'opinions à ce sujet et ce n'est vraiment que dans nos trois derniers arrêts, dont deux d'ailleurs publiés postérieurement au jugement entrepris, que notre Cour fixe un test que l'on pourrait appeler de "subjectivité rationnelle" ou de "raisonnabilité subjective" qui consiste à déterminer et à apprécier, en fonction de la nature du risque et de la preuve, quelle aurait été la réponse raisonnable probable du patient en l'instance et non de l'homme raisonnable dans l'abstrait au sens de Reibl c. Hughes.»⁴⁷

Les trois arrêts dont il est question dans cet extrait de jugement sont ceux de *O'Hearn c. Estrada*⁴⁸, *Dunant c. Chong*⁴⁹ et *Chouinard c. Landry*⁵⁰. (On ne fait aucunement allusion à la cause de *Dodds c. Schierz*⁵¹.) Nous avons vu que la Cour dans *O'Hearn* prôna le test objectif, tandis que les bancs dans *Dunant* et dans *Chouinard* n'étaient pas unanimes sur ce point. Nous devons reconnaître que même s'il était partisan de la thèse objective, le Juge Tyndale dans *Dunant* affirma ne pouvoir appliquer le standard subjectif car le patient n'avait pas déclaré que s'il avait connu les risques, il n'aurait pas acquiescé aux interventions. Dans *Chouinard*, ce même juge laissa entendre que s'il avait fallu

47. *Ibid.*, p. 734. Les italiques sont du Juge Brossard.

48. *Op. cit.*, *supra*, note 17.

49. *Op. cit.*, *supra*, note 20.

50. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

51. *Op. cit.*, *supra*, note 26.

appliquer le test objectif, le résultat aurait été identique à celui du test subjectif, car le père du patient avait avoué que même s'il avait été bien informé de tous les aléas de l'opération, il aurait néanmoins consenti au traitement.

Opéré pour une hernie inguinale qui l'avait rendu impuissant, le patient dans *Lessard c. Bolduc*⁵² prétendait qu'en plus de ne pas avoir exécuté l'opération correctement et d'avoir été négligent au cours de la phase postopératoire, le médecin avait omis de l'informer adéquatement des risques de l'intervention. Par son jugement confirmatif de la décision de première instance accueillant la demande⁵³, la Cour d'appel sembla retenir le test objectif, car selon le juge Baudouin (avec le concours des juges LeBel et Moisan *ad hoc*) :

«Si on applique maintenant les tests développés à cet égard par la jurisprudence citée plus haut, il convient de se demander si un patient raisonnable, placé dans les mêmes circonstances et bien informé de ces risques, aurait accepté ou refusé l'intervention.»⁵⁴

Selon la note infrapaginale, la jurisprudence dont il est question dans cet extrait comprend les arrêts *O'Hearn c. Estrada*⁵⁵, *Dunant c. Chong*⁵⁶, *Chouinard c. Landry*⁵⁷, *Dineen c. Queen Elizabeth Hospital*⁵⁸, *Gburek c. Cohen*⁵⁹ et *Pelletier c. Roberge*⁶⁰ qui, collectivement, ne constituent pas une jurisprudence constante sur ce point. De plus, le juge Baudouin ne fit pas allusion à la notion de «subjectivité rationnelle» ou de «raisonnabilité subjective». Avait-t-il l'intention, comme l'avait d'ailleurs fait son collègue le juge Brossard dans *Pelletier c. Roberge*⁶¹, de concilier la jurisprudence antérieure de la Cour d'appel?

52. [1993] R.R.A. 291 (C.A. Québec).

53. [1989] R.R.A. 350 (C.S.).

54. *Op. cit.*, *supra*, note 52, p. 293.

55. *Op. cit.*, *supra*, note 17.

56. *Op. cit.*, *supra*, note 20.

57. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

58. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

59. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

60. *Op. cit.*, *supra*, note 1.

61. *Id.*

Si l'on se réfère enfin à l'opinion du juge Baudouin dans la cause récente de *Parenteau c. Drolet*⁶², sa volonté de vouloir consacrer l'adoption de la «subjectivité raisonnable» est évidente. Dans cet arrêt, la patiente avait subi une blépharoplastie sans avoir été adéquatement informée quant aux complications postopératoires ainsi que du risque de cécité. Effectivement, à cause d'un hématome, elle avait perdu la vision dans un oeil. D'un banc de trois juges (MM. les juges Tyndale et Baudouin, Mme la juge Mailhot), seul le juge Baudouin aborda la discussion du test applicable quant au devoir de renseignement :

«La responsabilité civile du médecin n'est toutefois pas automatiquement engagée de la seule constatation d'une faute dans le devoir d'information. Selon notre jurisprudence, il faut alors appliquer un test qui, à notre avis, est essentiellement un test subjectif et consiste à évaluer si la patiente, dans les circonstances particulières, aurait accepté l'intervention quand même si elle avait été convenablement informée. Cette évaluation se fait d'habitude surtout en prenant en compte le témoignage du patient. Ce témoignage doit cependant, pour des raisons évidentes, être évalué avec prudence, et d'autres facteurs doivent être considérés. C'est pour cette raison que souvent les tribunaux se posent aussi la question de savoir ce qu'une personne normalement prudente et diligente aurait décidé en l'espèce, test dit "objectif" mais qui, à mon avis, s'attache essentiellement à la crédibilité de ce témoignage. Ce test objectif ne se substitue donc pas au test subjectif. Il ne fait que le compléter.»*⁶³

2 - Les faux titres de noblesse de la «subjectivité rationnelle»

À partir de cette revue de la jurisprudence de la Cour d'appel, l'on se rend compte que la notion de «subjectivité rationnelle» tend à prendre l'allure d'un postulat qui, selon le raisonnement de certains juges, a toujours été suivi par cette instance. Telle semble être la conclusion à laquelle arrive le juge Brossard

62. *Op. cit.*, *supra*, note 1.

63. *Ibid.*, p. 707. *Le juge fait référence aux arrêts *Dunant c. Chong*, *Schierz c. Dodds*, *Chouinard c. Landry*, *Gburek c. Cohen*, *Dineen c. Queen Elizabeth Hospital*, et *Pelletier c. Roberge*. Notons que le juge Tyndale a décliné de se prononcer sur la question du consentement éclairé (à la p. 701).

dans *Pelletier c. Roberge*⁶⁴ et de façon moins explicite, le juge Baudouin dans *Parenteau c. Drolet*⁶⁵, si l'on se fie aux autorités citées par eux pour justifier leurs opinions.

Dans ces deux arrêts, on préconisa l'utilisation du test objectif afin de vérifier la crédibilité du témoignage de la personne affirmant que si elle avait été bien renseignée au sujet des risques, elle n'aurait jamais acquiescé aux soins. Indubitablement ce test présentait certains attraits en regard des soins thérapeutiques. Comment prétendre, en effet, que si on avait été suffisamment informé, on n'aurait pas consenti à une opération en vue d'enlever un méningiome au cerveau dont la présence aurait été susceptible d'entraîner la perte complète de la vue et éventuellement la mort⁶⁶, ou encore à une intervention destinée à vérifier la présence d'une tumeur cancéreuse au canal médullaire cervical⁶⁷? Mais la pertinence de la «rationalité subjective» demeure fort hypothétique lorsque l'acte médical a une finalité essentiellement non-thérapeutique. À cet égard, l'opinion du juge Vallerand, siégeant alors en Cour supérieure dans *Dulude c. Gaudette*⁶⁸, reste d'actualité. Il avait admis que l'étendue de l'obligation d'informer aurait pu comporter certaines nuances dans le cas de soins thérapeutiques, mais en ce qui a trait aux soins non thérapeutiques et plus particulièrement à la chirurgie esthétique, il avait affirmé que la rationalité d'une décision n'était pas un critère certain :

«En va-t-il de même en chirurgie dite esthétique, alors que les risques sont tous objectifs et les avantages tous subjectifs (laissant de côté les cas où on poursuit une thérapie psychologique)? Le médecin qui était le seul à avoir les éléments de la décision dans le cas du patient inconscient n'est-il pas là le seul à ne pas les avoir quand ils sont subjectifs et personnels au patient? Après avoir écarté, ainsi que sa conscience professionnelle le lui dicte, le cas où pour des raisons médicales, il ne doit pas intervenir, ne doit-il pas révéler tous les aléas de l'aventure, sans réserve aucune, pour permettre à son patient de

64. *Op. cit.*, *supra*, note 1, p. 734.

65. *Op. cit.*, *supra*, note 1, p. 707.

66. *Dunant c. Chong*, *op. cit.*, *supra*, note 20, à la p. 2 de l'opinion du juge Dubé.

67. *Pelletier c. Roberge*, *op. cit.*, *supra*, note 1.

68. [1974] C.S. 618.

*prendre la décision que lui dicte son désir, pour ne pas dire son
caprice, dont il est le seul à pouvoir apprécier l'importance?»⁶⁹*

Est-il possible malgré tout, que le standard de la «subjectivité rationnelle» soit un heureux compromis entre le test objectif et le test subjectif⁷⁰? Pour répondre à cette question, il serait utile de se rappeler qu'il importe de distinguer une règle de fond d'une règle de preuve, ou, comme le disent le juristes de *Common Law*, la *substantive law* de l'*adjective law*⁷¹. La Cour suprême, animée par certaines inquiétudes à l'effet qu'un patient, insuffisamment informé par son médecin, pourrait poursuivre ce dernier à cause de son insatisfaction quant au résultat du traitement, décida d'effectuer un revirement jurisprudentiel d'une *règle de fond*⁷². Elle remplaça le test subjectif par un test objectif de la causalité⁷³. Pour leur part, certains juges québécois préférèrent résister à la réception de ces arrêts, choisissant de privilégier le test subjectif de causalité. En tant que règles de fond, ces deux positions sont foncièrement inconciliables. Quant à la preuve cependant, il est évident que les tribunaux peuvent toujours proposer certaines règles de prudence, sans pour autant trahir les règles fondamentales applicables en matière de responsabilité civile.

69. *Ibid.*, p. 621. Les italiques sont de nous. D'ailleurs la professeure (maintenant juge) E. Picard a déjà écrit dans son traité *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (Toronto, Carswell, 1984, p. 102), «Certain decisions, for example, to undergo cosmetic surgery or sterilization or to refuse blood transfusions or life-saving procedures are difficult to equate to those normal to the world of the reasonable man.»

70. F. Tôth défend avec beaucoup de rigueur l'approche mixte, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 37. Voir aussi J.-L. Baudouin, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 655, n° 1227.

71. R. David, C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^{ième} édition, Paris, Dalloz, 1992, p. 288, n° 512.

72. P.H. Osborne, «Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment», (1985) 33 C.C.L.T. 130, pp. 140-143. Voir également A. Linden, *Canadian Tort Law*, 5^e édition, Toronto, Butterworths, 1993, pp. 155 et 158; N. Gochner, D. Fleming, «Tort Law - Informed Consent - New Directions for Medical Disclosure - *Hopp v. Lepp* and *Reibl v. Hughes*», (1981) 15 U.B.C. L.R. 475, p. 489; E. Picard, *op. cit.*, *supra*, note 69, p. 170; G. Robertson, «Informed Consent Ten Years Later : The Impact of *Reibl v. Hughes*», (1991) 70 R du B Can. 423, p. 424. Nous doutons donc que le test de causalité soit un test de crédibilité. *Contra* : F. Tôth, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 37.

73. Somerville, *loc. cit.*, *supra*, note 10.

Parmi les conséquences les plus importantes de cette distinction, nous devons souligner d'abord le principe que les tribunaux d'appel ne doivent pas, en règle générale, substituer leur opinion sur la crédibilité des témoins à celle du juge de première instance. Comme l'avait écrit le juge Lamer dans *Beaudoin - Daigneault c. Richard*⁷⁴,

«[La] règle est certaine en ce qui a trait aux déterminations mettant à contribution la crédibilité des témoins : une cour d'appel ne doit pas intervenir à moins d'être certaine que sa divergence d'opinions avec le premier juge résulte d'une erreur de celui-ci. Comme il a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, cette incertitude ne sera possible que si la Cour d'appel peut identifier la raison de cette divergence d'opinions afin de pouvoir s'assurer qu'elle tient d'une erreur et non pas de sa position privilégiée de juge des faits. Si la Cour d'appel ne peut ainsi identifier l'erreur déterminante elle doit s'abstenir d'intervenir à moins, bien sûr, que la détermination de fait ne puisse tenir de cet avantage parce que quoi qu'ait pu voir et entendre le juge, rien n'aurait pu justifier sa conclusion; elle identifiera cette dernière catégorie du fait que la conclusion du premier juge sera déraisonnable.»⁷⁵

Mais lorsqu'il s'agit de l'application d'une règle de fond, à ce moment le pouvoir de révision de la Cour d'appel prend toute son ampleur. Donc si, par hypothèse, un tribunal de première instance faisait application du standard objectif, la Cour d'appel serait justifiée d'intervenir. Par contre, si lors de l'appréciation du témoignage de la victime le juge des faits éprouvait certains doutes quant à la véracité de ses affirmations, la Cour d'appel n'aurait pas à se

74. [1984] 1 R.C.S. 2.

75. *Ibid.*, p. 8, 9. La Cour suprême, par le biais de Mme la juge L'Heureux-Dubé, a réaffirmé ce principe dans la cause de *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, à la p. 358. Voir également *Laurentide Motels Ltd c. Ville de Beauport*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794 et A. Mayrand, «L'autorité du précédent au Québec», (1994) 28 R.J.T. 771, p. 781. Dans la cause récente de *Institut Pinel de Montréal c. G.*, J.E. 94 - 1725, décidée le 17 octobre 1994, Montréal C.A. n° 500-08-000021-933, la majorité des juges semble avoir révisé l'appréciation du juge de première instance des témoignages des experts lors du procès.

substituer à lui en l'absence d'une erreur manifeste de sa part dans l'évaluation de la crédibilité⁷⁶.

Aussi, il faudrait se garder de ne pas confondre une preuve corroborative des prétentions de la victime⁷⁷, avec une détermination de ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. En effet, le témoignage d'une personne corroboré par les circonstances factuelles de la cause, serait inévitablement plus près de la vérité que l'application d'un standard objectif. Certes, l'appréciation *in abstracto* nous indiquera comment réagirait un individu supposément raisonnable face à une situation quelconque, mais cette appréciation n'en demeurerait pas moins spéculative. À cet égard, il n'est pas inutile de se rappeler que «le contrat, en droit civil, qu'il s'agisse d'un contrat médical ou de tout autre contrat, constitue une rencontre non pas de volontés abstraites, mais bien de volontés individuelles»⁷⁸.

La jurisprudence en matière de vices de consentement illustre bien l'approche privilégiée par le droit civil. Par exemple, dans l'arrêt de la Cour suprême *Faubert c. Poirier*⁷⁹, on exigea que l'affirmation de la victime d'une erreur unilatérale, selon laquelle cette erreur était déterminante pour elle, soit appuyée par une preuve corroborative. Jamais ne fut-il question de remplacer l'appréciation *in concreto* de la nature déterminante de l'erreur par une appréciation *in abstracto*.

76. L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 4e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 169, n° 511 et autorités citées.

77. F. Tôth, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 34. Selon le professeur J.-C. Royer, (*La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1987, p. 168, n° 455), «La corroboration est une preuve qui renforce un témoignage de façon à inciter le juge à le croire.»

78. P.-A. Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1989, p. 53, n° 93. Voir également G. Mémeteau, *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989, p. 112, n° 157.

79. [1959] R.C.S. 418.

Fort probablement, en l'absence d'éléments confirmatifs du témoignage du patient affirmant qu'il n'aurait pas consenti aux soins⁸⁰, le juge de première instance aurait tendance à vouloir comparer le comportement du demandeur à celui d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances⁸¹. D'ailleurs, cette comparaison a l'avantage d'être souvent un exercice relativement facile car, consciemment ou inconsciemment, chaque magistrat se voit comme la personnification du bon père de famille. Cet instinct de scepticisme bienséant que doit entretenir tout juge des faits face aux affirmations non corroborées et invérifiables de la partie demanderesse n'en demeure pas moins une simple mesure de prudence⁸² plutôt qu'un principe de droit.

Quoi qu'il en soit, on ne peut éviter la conclusion qu'il serait téméraire de vouloir concilier deux approches radicalement différentes de la question fondamentale du standard applicable en matière de détermination d'un lien causal entre la violation de l'obligation d'informer et le préjudice subi, lorsque ce rapprochement serait en contradiction avec les principes civilistes déjà admis⁸³.

80. Comme par exemple, lorsque le refus est dicté par les préceptes de sa religion (Témoins de Jéhovah, l'Église de Science Chrétienne), ou encore, lorsqu'il s'agit d'une intervention pouvant être différée temporairement jusqu'à ce que le patient soit éligible à une pension d'invalidité, cf *Reibl c. Hughes, op. cit., supra*, note 6.

81. Voir F. Tôth, *loc. cit., supra*, note 4, p. 28.

82. F. Tôth, *ibid.*, p. 29.

83. Voir par exemple, les articles 1726 (en matière de vente) et 2411 (en matière d'assurance). Nous avons vu qu'en ce qui concerne la nature déterminante des vices de consentement comme l'erreur spontanée et l'erreur provoquée, elle s'apprécie *in concreto* (cf J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^{ème} édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1993, p. 115, n° 166; p. 125, n° 185. Voir également N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 221, 222, n° 276, 277.

Conclusion

La Cour d'appel du Québec a assurément le mérite d'avoir évité la tentation de renoncer à toute analyse sur la pertinence des arrêts dans *Hopp* et *Reibl* et de se laisser emporter par ces «précédents» de la Cour suprême. Elle a clairement démontré par ses plus récentes décisions une volonté de soutenir les principes fondamentaux applicables en matière de responsabilité civile médicale. Cette démarche, loin d'être irrespectueuse de l'autorité de la Cour suprême sur ce point, constitue plutôt l'élaboration d'une politique jurisprudentielle soucieuse du génie du droit civil. Comme l'a écrit M. le juge Mayrand dans une étude récente sur l'autorité du précédent au Québec :

«...[P]our éviter l'incertitude et une trop grande instabilité du droit, la prudence peut inciter la Cour d'appel à saisir son précédent comme une bouée de sauvetage pour laisser à la Cour suprême le soin de le mettre à l'écart si elle le juge à propos. À plus forte raison, quand la jurisprudence de la Cour a été constante, elle constitue à tout le moins une autorité de fait qu'une auteure estime "quasi-obligatoire".»⁸⁴

En ce qui concerne le droit québécois, dans le cas présent, il n'y a pas, à vrai dire, de précédent de la Cour suprême car il s'agit de décisions relevant du droit privé de la *common law* et non du droit public. Dans ce dernier cas, la similarité des principes applicables est reconnue à travers le pays, justifiant ainsi l'autorité d'une décision du plus haut tribunal, tant au Québec qu'ailleurs.⁸⁵

Quant à la découverte de la «subjectivité rationnelle» par la Cour d'appel, nous prétendons qu'on ne doit pas tenter de concilier le standard objectif avancé par la Cour suprême et le standard subjectif applicable en responsabilité civile québécoise, car il s'agit de questions de fond qui sont antinomiques. Même lorsque l'on prône l'application de la «subjectivité rationnelle» comme règle de prudence en matière de preuve, il y a lieu d'agir avec circonspection car il ne faudrait pas imposer au juge des faits des directives pouvant l'entraver dans son

84. A. Mayrand, *loc. cit.*, *supra*, note 75, p. 786. Le juge Mayrand fait référence à l'étude de Nicole Bernier, «L'autorité du précédent judiciaire de la Cour d'appel du Québec», (1971) 16 R.J.T. 535.

85. A. Mayrand, *ibid.*, p. 794.

appréciation du témoignage de la victime⁸⁶. De plus, la notion de «subjectivité rationnelle» ne devrait pas préoccuper la Cour d'appel parce qu'en principe, elle n'a pas à substituer son opinion sur la véracité des déclarations du demandeur à celle du juge de première instance. Et même pour le juge au procès, le critère de la «subjectivité rationnelle» ne pourrait jamais suppléer au vide créé par l'absence de corroboration du témoignage de la victime, car une preuve corroborative résulte de faits objectivement vérifiables tandis que la comparaison avec ce qu'aurait fait une personne raisonnable demeure toujours conjecturale. D'ailleurs, en matière de chirurgie esthétique, nous avons vu que le désir de se soumettre à de tels soins peut naître d'un simple caprice. Comment faire état d'une «subjectivité rationnelle» dans de tels cas lorsque la sagesse du patient qui s'expose aux risques d'une chirurgie objectivement inutile, est obnubilée par sa vanité?

Certes, il y aura toujours le danger qu'une personne mal renseignée par son médecin finisse par se convaincre que si elle avait su tous les risques, elle n'aurait pas accepté de se soumettre à l'intervention. Mais ici, comme dans toutes les autres branches du droit contentieux, la détermination de la vérité reposera ultimement sur la perspicacité du juge au procès.

Éventuellement, la Cour suprême sera appelée à trancher cette controverse dans un litige provenant du Québec. Ayant renoncé à sa mission de promouvoir l'unification du droit⁸⁷, il n'est plus incompatible avec son rôle de tribunal de dernière instance pour l'ensemble du Canada de décider qu'une solution déjà proposée pour résoudre un problème de *torts* ne soit pas entérinée en droit civil lorsque les assises distinctes du droit québécois s'y opposeraient.

86. C'est alors que la remarque de Gochnauer et Fleming, *loc. cit.*, *supra*, note 72, p. 495 devient pertinente : «With hindsight and bitterness a problem for both tests, it is unclear how justice is advanced by wilfully closing our eyes to evidence of what the patient actually would have done in those cases where the reasonable patient test fails.»

87. A. Mayrand, *loc. cit.*, *supra*, note 75, p. 783.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ÉTHIQUE DES PROFESSIONNELS DU DROIT

Auteur(s) : Rodolphe MORISSETTE

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 2

Pages : 367-384

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13374>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13374>

Page vide laissée intentionnellement.

L'ÉTHIQUE DES PROFESSIONNELS DU DROIT

par Rodolphe MORISSETTE*

Mal adaptée à la société moderne, l'action des professionnels du droit dans la vie sociale a aujourd'hui un urgent besoin d'être renouvelée à la lumière d'une réflexion éthique sur la parole et sur les lieux principaux du mensonge, dont le discours idéologique et le discours rhétorique.

The demands of modern society are calling into question certain practices of the legal profession. There is an urgent need for lawyers to undertake an ethical reevaluation of their professional ideology and discourse.

*, Journaliste au Journal de Montréal.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	369
I. Des «théories» qui masquent des faiblesses	370
Un discours de structure idéologique	372
La morale et les groupes d'intérêts	374
II. L'éthique et le recours problématique au discours rhétorique	375
Les risques du discours rhétorique	378
III. Les difficultés d'adaptation de l'appareil judiciaire	381
Conclusion	384

Introduction

Aborder sérieusement aujourd'hui le problème de l'éthique des professionnels du droit, c'est attaquer d'entrée la question du mensonge.

Dans le contexte d'une complexité croissante de la vie sociale, où tout devient politique, la classe juridique se trouve facilement contaminée par les vieux réflexes de la classe politique. Or, le caractère contingent de la matière politique ouvre toute grande la porte à l'art de tromper : grâce à une imagination toujours furibonde, en recourant aux fabricants d'image et aux gourous du *problem-solving management*, les politiques montrent une aptitude significative à nier les faits, sinon à les modifier, et à composer pour l'opinion publique un réarrangement de la réalité susceptible d'être «acheté» par une société devenue essentiellement consommatrice.

La classe juridique — ou les professionnels du droit : juges, avocats et responsables gouvernementaux de la Justice —, qui oeuvre quotidiennement sur une matière qui n'est pas plus porteuse de vérités nécessaires et éternelles que la politique, tend à se révéler de plus en plus polluée par cette tendance si facile à tromper à laquelle nous ont habitués les politiques.

Attaquer la question de l'éthique des professionnels du droit par le biais du mensonge, c'est avoir le courage d'aller au delà de la sphère de la déontologie et des «*codes d'éthique*», au delà des coutumes et des habitudes, afin d'examiner les *attitudes*, cette sphère intérieure que l'on se montre plus réticent à explorer ou à découvrir.

Le contexte étymologique du terme «éthique», lequel dérive du grec ἠθος, traduit en effet une distinction qu'il importe de ne pas oublier. Son sens à la fois primitif et premier, antérieur à l'époque des premiers philosophes grecs, évoque le «séjour habituel ou accoutumé». Le sens de l'«habitude», de la «coutume» ou des «mœurs» est un sens dérivé, qui passe de l'«habitat/«habitation» à l'«habitude» pour désigner non plus seulement un «séjour», mais une manière d'être.

L'histoire étonnante du mot «éthique» traduit une perception fondamentale, existentielle : les coutumes, les mœurs, les habitudes qui

composent la conduite sont fondamentalement comme quelque chose qu'on habite, comme un habit qui donne une certaine tenue, qui révèle une certaine manière d'être. L'éthique ou l'ἦθος, c'est, plus que des règles assurant une certaine tenue, des attitudes à l'intérieur desquelles on «séjourne». Ce «séjour», c'est le lieu dans lequel l'homme vit, où il se fixe; c'est un port d'attache, un point d'ancrage, un toit, un abri, un refuge, un lieu où l'on se chauffe...¹ C'est dans l'éthique que se pense le séjour de l'homme, comme le suggère Heidegger, dans la *Lettre sur l'humanisme*. C'est dans l'éthique que l'homme pense son propre séjour et les manières d'être conformes à son essence.

Or, la manière dont les professionnels du droit pensent leur présence et leur action dans la vie sociale soulève des difficultés de fond à trois points de vue : d'abord, le discours de la classe juridique sur elle-même est fortement idéologique; ensuite, il accuse un recours problématique au discours rhétorique; enfin, répugnant toujours, trente ans plus tard, à opérer même sa *Révolution tranquille*, la profession et l'appareil judiciaire s'adaptent mal à la société moderne. Voilà les trois lieux, on l'a souligné récemment à propos de la magistrature², où s'infiltré le mensonge.

I. Des «théories» qui masquent des faiblesses

Grâce à un travail plus appliqué de la presse, le public connaît depuis quelques années un certain nombre d'accrocs successifs et sérieux à l'éthique chez les juges et les avocats. Si bien des citoyens estiment que le Barreau se traîne encore les pieds en matière disciplinaire, il faut néanmoins reconnaître qu'il est plus vigilant qu'il ne l'était.

Les accrocs récents et connus à l'éthique parmi les juges ont ceci de particulier qu'ils ne traduisent pas simplement ce qu'on peut appeler de la *faiblesse humaine*. Ils sont souvent *justifiés*, chez les juges, par des théories fumeuses, par des concepts non critiqués.

-
1. Voir Martin HEIDEGGER, *Lettre sur l'humanisme*, traduit et présenté par Roger Munier, Paris, Aubier-Montaigne, 1964, pp. 139-153.
 2. Voir Rodolphe MORISSETTE, *Les juges, quand éclatent les mythes. Une radiographie de la crise*, Montréal, VLB Éditeur, 1994.

Évoquons quelques «faiblesses» bien connues. L'état d'ivresse au moment où l'on instruit une affaire. S'offrir une petite gâterie dans une maison de débauche. La paresse dans le délibéré, qui met des années avant de rendre jugement. La complaisance dans l'attention aux caprices des avocats, etc.

En parallèle, voici quelques justifications théoriques. Au nom de la mystérieuse «indépendance judiciaire», le ministre de la Justice du Québec n'a jamais réagi, et pendant plusieurs années, à la plainte qu'avait portée un procureur de la Couronne du fait qu'un juge avait instruit en état avancé d'ivresse une affaire d'agression sexuelle. Et le même Procureur général a attendu que la presse, plusieurs mois après le fait, ébruie la chose, pour porter une accusation contre le même juge, qui, cette fois, était passé dans une maison de débauche. Voilà du *cover-up*.

Après avoir révélé le fait qu'une dizaine de juges de la Cour supérieure se traînaient scandaleusement les pieds à délibérer sur des affaires qu'ils avaient le devoir de trancher — des juges qui n'ont jamais fait l'objet de plaintes disciplinaires —, la presse à réclamé de voir la liste, confectionnée et tenue à jour par les fonctionnaires de l'État, des causes prises en délibéré. Les juges en chef s'y sont opposés, au nom de l'«indépendance judiciaire». Et maintenant que ce prétexte fumeux a été dénoncé, les juges en chef avancent un nouvel argument : comme la liste *pourrait* contenir des erreurs, mieux vaut ne point la rendre publique³. Voilà qui légitime en quelque sorte la paresse en la dissimulant derrière des principes douteux.

Au nom de l'indépendance judiciaire encore, on s'applique à masquer une cupidité bien terre-à-terre de gens qui préfèrent ne point payer leurs frais de stationnement ou qui réclament la parité salariale d'une cour à l'autre sans même se demander si tout le monde accomplit le même genre de tâches.

Autre exemple : un représentant de la direction de la Cour supérieure a répété sur toutes les tribunes qu'il était en désaccord avec l'idée que d'aménager, dans le régime déontologique des juges, des sanctions intermédiaires entre la

3. C'est l'argument qu'avançaient les juges en chef Pierre A. Michaud (Cour d'appel du Québec) et Albert Gobeil (Cour du Québec), invités par la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, en congrès à Sherbrooke, à donner leurs points de vue au cours d'un atelier tenu le 12 novembre dernier.

simple réprimande et la requête en destitution que prévoit, seules, le régime actuel. On estime en effet qu'une sanction intermédiaire pourrait ruiner la crédibilité des juges ainsi punis. Quand on sait que tous les juges nommés par le fédéral ont un régime déontologique totalement secret, on peut se demander à quoi riment de tels arguments.

Il étonne aussi au plus haut point, le principe énoncé publiquement en février 1994 par le président de la Conférence canadienne des juges et juge de la Cour d'appel, M. André Brossard, que les médias et les groupes de pression devraient se garder de trop critiquer les décisions judiciaires afin de préserver le principe de l'indépendance judiciaire et la précieuse sérénité des juges.

Enfin, la croisade récente en faveur de l'indépendance judiciaire tous azimuts, face au pouvoir politique, fait sourire quand on constate l'empressement qu'on montre, par contraste, à mettre ce principe sous le boisseau quand on cherche à se faire soi-même nommer juge ou à nommer des magis-trats. Les sous-ministres fidèles au régime, les organisateurs régionaux qui ont bien servi le parti, les députés qui ont fait leur temps ne manquent pas, auxquels on a servi la magistrature comme une «récompense».

Les citoyens sont en droit de se demander quels sont les critères qu'on pratique pour nommer des juges, quand on songe qu'il y a quelques années, une grosse cour municipale comme celle de Montréal, qui compte une douzaine de magistrats permanents et qui s'occupe en exclusivité de droit criminel et pénal, n'avait pas un seul juge qui avait eu comme avocat quelque expérience de ces secteurs du droit.

Un discours de structure idéologique

Perce manifestement, au delà des simples écarts dus à la «faiblesse humaine», un *discours de structure idéologique* qui soulève un grave problème éthique.

Une idéologie est une structure intellectuelle qui a l'apparence d'une rationalisation, mais qui est portée par des raisonnements tronqués. Elle n'a de scientifique que l'apparence, car elle traduit, en logique, un passage indu du particulier à l'universel. Voici en effet une conclusion *intéressée*, qui masque des

préjugés ou des illusions. L'idéologie traduit et reflète au fond une pratique qui la précède et elle a elle-même une visée essentiellement pratique. L'idéologie a toujours une fonction de justification. Et d'abord, elle sert à légitimer le pouvoir, l'autorité — toute forme d'autorité.

Le sociologue allemand Max Weber, dans ses analyses de la «relation sociale» et de l'«action sociale», de même que Hans Georg Gadamer dans *Vérité et méthode*, expliquent bien comment il y a, dans tout rapport de domination, une revendication de légitimité qui, chez le groupe dominant ou dans l'autorité, excède toujours ce que les subordonnés ou les membres de la communauté peuvent lui accorder de *croyance*⁴.

L'autorité a toujours la nécessité de *se justifier* d'exercer l'autorité. Il lui faut d'abord se justifier à ses propres yeux (afin de surmonter ses doutes et d'agir). Elle doit se justifier auprès de ses adversaires ou contre les affirmations rivales. Enfin, elle doit asseoir sa légitimité devant ses propres «partisans», afin d'entraîner les plus hésitants⁵.

Pour combler cette marge qui manque à la croyance, pour légitimer son autorité et justifier sa pratique, il faut que l'autorité *persuade*. Il ne s'agit ni ne peut s'agir d'une démonstration scientifique, mais d'une démarche *rhétorique*. La rhétorique sert à justifier l'autorité politique, l'autorité judiciaire, l'autorité morale (de l'enseignant, par exemple), l'autorité des parents sur les enfants, etc.

Enfin, cette justification tend à présenter les idées et les intérêts d'un groupe *particulier* comme s'ils étaient *universels*. Simplifiant la réalité, le groupe dominant se représente en effet sa propre existence à travers une image *idéalisée* de lui-même.

4. Comp. Paul RICOEUR, «L'idéologie et l'utopie», dans *Du texte à l'action*, Essais d'herméneutique, II, Paris, Esprit/Seuil, 1986, pp. 379-392, surtout pp. 380-387.

5. Cf. Jean BAECHLER, *Qu'est-ce que l'idéologie ?*, dans la coll. *Idées*, fasc. 345, Paris, Gallimard, 1976, pp.182, 189 s, 367 ss.

La morale et les groupes d'intérêts

Redescendons maintenant l'escalier. La *Charte canadienne des droits et libertés* trahit une pensée idéologique bien précise. Axée tout à fait sur l'expression des droits individuels, elle permet aux minorités des classes dominantes qui en ont le moyen de contester, grâce à d'énormes pressions, sinon avec succès, à peu près n'importe quelle disposition législative ou réglementaire ordonnée à soulager des majorités de moins bien nantis.

Et la délégation, à travers la *Charte*, par la classe politique au pouvoir judiciaire, de tout un pan des décisions politiques et sociales les plus sensibles, permet de ravalier maintenant un grand nombre de débats politiques et sociaux à des litiges judiciaires.

Ensuite, de quels milieux viennent les juges ? Essentiellement, les juges forment eux-mêmes un groupe d'intérêts particulier. Pour la plupart d'entre eux ils sont recrutés parmi les avocats qui ont réussi, qui sont relativement à l'aise. Ils proviennent évidemment de la classe juridique même, qui a sa façon de concevoir la vie en société - en regard des autres scientifiques et techniciens qui ont de celle-ci une autre vision que juridique; une autre portion importante de juges provient du milieu des avocats d'affaires, un milieu qui porte une conception assez particulière de la vie sociale. D'une manière générale, les juges jouissent d'une formation supérieure qui dépasse rarement un diplôme de premier cycle. Enfin, un grand nombre d'entre eux sont proches de la classe possédante.

De nombreux juges s'inquiètent beaucoup de l'action voyante des groupes minoritaires dans la société, qui surveillent l'expression du moindre préjugé. La manie de la «rectitude politique», qui ressemble de plus en plus à un concours de «victimes», énerve plusieurs juges, qui ne sont pas loin de se présenter à leur tour comme des victimes de ces groupes et des médias.

Dans un contexte de *Charte*, où il revient à la magistrature de trancher dans le vif des orientations sociales et politiques, il n'est pas toujours évident qu'un juge fasse abstraction de son groupe d'intérêts particulier pour déterminer un litige. Qu'on songe, entre autres, aux décisions récentes des tribunaux supérieurs à propos de l'affichage commercial et de la liberté d'expression

(l'affaire *Irwin Toy* en Cour d'appel du Québec, etc.), de l'avortement (l'affaire *Chantal Daigle* en Cour d'appel du Québec), de la retraite à 65 ans (la Cour suprême du Canada en 1989), de la langue des jugements, du rôle des médias dans l'appareil judiciaire en parallèle à celui de la classe juridique, etc.

Bref, qu'il s'agisse des décisions judiciaires des juges ou de leurs revendications comme corps, le discours éthique qu'ils tiennent n'est pas toujours exempt de notes idéologiques qui le rendent souvent suspect. À l'évidence, ce discours est devenu fortement idéologique aujourd'hui dès qu'il touche les questions relatives à l'indépendance judiciaire, au régime déontologique des juges, à leur traitement, au processus de nomination des juges et au devoir de réserve.

Dans une décision du 17 octobre dernier, la Cour supérieure elle-même soulignait pourtant son accord avec le commissaire à l'accès à l'information, M. Pierre Cyr, qui rappelait avec raison, dans une décision dont le Conseil de la magistrature du Québec réclamait la révision judiciaire, que le principe de l'indépendance judiciaire

«n'est pas une protection octroyée aux juges et conseils de la magistrature, mais bien un droit garanti aux justiciables, afin de s'assurer que la personne est jugée par un tribunal qui n'est aucunement partial et qui est apte à rendre une décision fondée seulement sur la preuve dont il est saisi conformément à la loi, etc.»⁶

II. L'éthique et le recours problématique au discours rhétorique

Les avocats et les juges, comme les autorités gouvernementales, sont parfaitement obsédés aujourd'hui par le souci de l'«image». Ils ne sont pas les seuls : la plupart des entreprises et des organismes, des professionnels et des corps de métier tendent à penser que «tout est dans la *perception*» qu'en retient l'opinion publique. Les journalistes réunis en congrès au milieu des années 80 se donnaient à la sauvette une espèce de «charte du journalisme» d'abord et avant tout «pour améliorer leur image».

6. Décision du juge Roland Tremblay, dans *Conseil de la magistrature c. Commission d'accès à l'information et al.*, Cour supérieure de Montréal, dossier 500-05-002806-949. L'affaire a été portée en appel.

Comme bien d'autres groupes dans la société, les juges et, à leur niveau, les avocats, ont la tentation de recourir aux techniques des fabricants d'«images». On constate que le sentiment de la population commence à être singulièrement critique vis-à-vis le système judiciaire. Alors on tend à reproduire les vieux réflexes de la classe politique.

Les juges ont souhaité le faire, par exemple, en encadrant mieux les reporters judiciaires par des «communicateurs» — une tentative qui a bien vite avorté. À la Cour du Québec cette année, les juges ont tenté de «sensibiliser le public» à leurs problèmes de salaires en lançant de manière improvisée, sinon risible, l'hypothèse d'une «syndicalisation». Ce qui a beaucoup inquiété les juges dans le débat public sur la gratuité de leurs places de stationnement, ce n'est pas du tout le principe de l'impartialité des tribunaux, pourtant garanti par la *Charte*, mais l'image pénible que la magistrature risquait d'avoir à cette occasion. Jusqu'à tout récemment, les juges en chef de la Cour d'appel, de la Cour supérieure et de la Cour du Québec ont tous recherché ou voulu solliciter des conseils parmi les fabricants d'images.

À la lecture du *Journal du Barreau*, on constate que «l'image de l'avocat» est devenue la question prioritaire du Barreau de Montréal cette année; le sujet était aussi au coeur du congrès de l'Association des avocats de province à Bromont en octobre dernier.

Comme si l'expérience archi négative que la classe politique a faite dans ce domaine depuis la fin des années 60 n'avait pas suffi à faire comprendre qu'il est stérile de recourir, pour le pouvoir politique, à des techniques de vente conçues pour des produits manufacturés ou pour des services (qu'on pense à l'offensive de la nouvelle religion de la «qualité totale»), la classe juridique lorgne à tort vers le discours rhétorique qu'est celui de la publicité...

Cette façon de faire est une importation américaine. Au début des années 60, à l'époque de l'élection du président J. F. Kennedy et voulant exploiter toutes les retombées de ce média relativement neuf qu'était la télévision (et ses «images» notamment), on a transposé les techniques de vente des produits manufacturés et de services — qui étaient des techniques de fabrication de l'image — sur la «fabrication» de l'image de personnages politiques. L'expression à la mode à l'époque : «the *making* of a president». Dès 1970, le

tout premier gouvernement Bourassa, au Québec, avec ses *wizz kids* de la «communication», de triste mémoire, ont importé ici, sans aucun discernement, ce modèle dans le secteur de l'action politique.

L'échec fut presque immédiat, et monumental. Mais les politiques ont persisté néanmoins dans cette voie, avec les résultats que tous connaissent bien: les représentants politiques se sont convertis eux-mêmes en *objets*, et en objets souvent méprisables, sinon jetables. La plupart des organismes publics ont reproduit le modèle. Dans bien des organismes connus — les universités, par exemple —, le souci de l'image camoufle ce qui commence à friser la corruption pure et simple en matière de recherche. Si l'on pense que les citoyens sont dupes, on se trompe lourdement. Il suffit de lire sur une période continue les sondages périodiques d'opinion.

La création d'«images» est essentiellement éphémère. Ces techniques sont conçues pour des objets jetables. Les avocats, les juges, les médecins, les policiers... ne sont pas des marques de bière, ni de pâte à dents, ni des services bancaires... Les juges de la Cour du Québec ont fait en 1994 une expérience plutôt douloureuse du recours à un cabinet de relations publiques de Montréal. Après la dérision que cette firme a involontairement servie à la magistrature avec sa fausse menace publique de «syndicalisation», elle est intervenue de nouveau fin août, quand le juge Andrée Ruffo a choisi de se désister de quelques-uns de ses nombreux appels devant les tribunaux supérieurs. Les relationnalistes (agissant alors au service de M^{me} Ruffo personnellement) ont confectionné de toutes pièces une nouvelle toute cousue de faussetés. Des journalistes inexpérimentés l'ont reproduite avant que d'autres en signalent les pièges. Peu après, la direction de la Cour du Québec a rompu son contrat avec la firme.

Enfin, il n'est pas très prudent de postuler que les médias sont de simples courroies de transmission des fabricants d'images. Ayant affaire à des armées de relationnistes à cœur de jour, la presse voit généralement de loin le loup venir. Quoi qu'il en soit, l'on parvient très vite au moment crucial où la réalité traverse, *défonce* l'image.

La préoccupation de l'image est une façon d'éviter les vraies questions, une manière de court-circuiter, voire de camoufler les questions éthiques. Dans

une culture comme la nôtre, qui a longtemps vécu en régime idéologique (quant l'Église et l'État étaient en symbiose temporelle et culturelle), les réflexes éthiques sont lents, ils se cherchent souvent. C'est que le discours idéologique a cette propriété d'absorber les discours scientifique, philosophique, esthétique, éthique et religieux. Autant l'éthique rationnelle était naguère absorbée par le «religieux», autant elle n'apparaît plus naturelle après la déchéance du régime idéologique.

Il n'y a en somme qu'une seule façon d'avoir une réputation enviable : la compétence, la droiture et l'honnêteté, enfin rester branché sur le bien public. Les campagnes de publicité ou de relations publiques ne modifieront rien au traitement régulier, dans la presse, des travaux des comités de discipline des ordres professionnels.

Comme les politiques, les enseignants et les journalistes, les avocats et les juges sont des *professionnels de la parole*. C'est principalement en prenant la parole publiquement, en cour ou dans des documents, qu'ils agissent. On s'expose à de graves problèmes dès lors qu'on se met à dire n'importe quoi. On ne vit plus depuis belle lurette à l'époque où ce qui se disait devant le tribunal ou ce qui s'écrivait dans des pièces de procédure n'évoluait qu'en circuit fermé.

Les professionnels du droit, comme tous les autres professionnels de la parole, doivent savoir apprécier les risques du discours rhétorique.

Les risques du discours rhétorique

Le discours rhétorique est un discours accrocheur, flagorneur, flatteur. C'est le discours caractéristique de la publicité et de l'*entertaining*, de la radio MF et des tribunes téléphoniques présidées par des animateurs vociférants ou, du moins, qui ont de l'«humour». C'est le discours de la classe des «communicateurs» dans le secteur politique, dans ceux de l'administration publique, des affaires, des relations de travail, etc.

Le discours rhétorique est également un discours autoritaire. Il tend à court-circuiter la discussion rationnelle. Au plan de la logique, il procède par des raisonnements incomplets. Il s'agit ou bien d'inductions tronquées, ou bien de déductions apparentes. Les premières progressent du particulier au... particulier

en exploitant l'analogie ou les ressemblances, qui dispensent d'énumérer tous les cas qui importent; les secondes sont amputées d'une de leurs prémisses et se fondent non sur des principes universels au sens de la science, mais sur des idées générales reçues par le grand nombre.

Les raisonnements fondés sur la rhétorique présentent une logique à rabais qui cherche à s'adapter à son public en se fondant sur la psychologie d'une classe moyenne, sur des lieux communs, sur une culture de masse, sur l'idéologie du grand nombre. La rhétorique s'applique à simplifier faits et concepts afin de persuader une foule, un auditoire non spécialisé ou, quand il s'agit d'un tribunal, un juge ou un arbitre tenu pour un «auditoire» par hypothèse ou par le jeu de la fiction. La rhétorique sait aussi bien plaider une chose et son contraire, que la victime d'une agression sexuelle, âgée de 16 ans, était «presqu'une adulte», alors que l'accusé, de 20 ans, «encore un adolescent».

Les juges aussi bien que les avocats doivent avoir des idées claires sur la nature du discours rhétorique, sa place et ses limites. Le registre de la rhétorique ne peut jamais être celui des juges. Il est plutôt celui des plaideurs, encore qu'il faut bien s'entendre.

En cour, les juges forment l'*auditoire* spécialisé de discours rivaux rhétoriques de la part des plaideurs. Adversative par nature, l'opération consiste à persuader le juge de telle ou telle relecture des faits. Le système des présentations concurrentes ou antagonistes permet mieux au juge d'en dégager ce qui risque de se rapprocher le plus de la vérité et d'en venir à une décision aussi objective que possible. Mais autant le registre rhétorique peut convenir aux plaideurs, autant il est irrecevable chez le juge.

D'abord, la rhétorique n'est pas un moyen de connaître ou de rechercher la vérité, mais un moyen d'action sur le réel, une technique de persuasion et, fondamentalement, une technique de preuves. Afin de produire un effet sur le juge, un plaideur choisit et multiplie, par exemple, les énoncés favorables à son client, il retient et énonce les éléments qui sont défavorables à celui qui a livré son client à la justice. Ce qu'il exprime n'est pas faux. Ce sont des arguments de rhétorique. En ce cas, on est en présence de la technique de l'exagération, qui use, entre les hyperboles et les euphémismes, de la gamme des allusions, des

périphrases et des métaphores. (Si, au contraire, ce que choisit d'énoncer le plaideur est carrément faux, voilà une tout autre chose.)

Ensuite, les «orateurs», de par la nature même de la rhétorique, «négligent l'intérêt public, pour s'occuper de leur intérêt personnel», comme l'écrit très justement Platon (*Gorgias*, 502e). La rhétorique élabore de l'apparence de vrai. Le plaideur est un «chasseur intéressé», un «athlète dans les combats de parole ou dans l'art de la dispute» (*Sophiste*, 231c-e). On en voit aujourd'hui tous les jours de nouvelles aberrations, quand des preuves techniques, de plus en plus nombreuses et de plus en plus complexes, sont présentées devant le tribunal. La classe juridique, pour ne rien dire des jurys, est très loin d'offrir des garanties raisonnables de compétence pour savoir évaluer de telles preuves dans le cadre d'un système adversatif où la rhétorique et la démagogie ont une si large part.

Cela ne signifie pas que tout discours rhétorique est un discours sophistique (ou faux), guère plus que le discours poétique. L'un et l'autre, tout comme le discours dialectique ou scientifique, peuvent être ou vrais ou faux. Discours dialectique ou scientifique, discours rhétorique et poétique ne sont hiérarchisés que par leur degré de certitude ou de probabilité. C'est à ce point de vue seulement que le discours rhétorique porte une «logique dégradée». Dégradée en regard du discours scientifique, comme le discours poétique l'est en regard du discours rhétorique.

C'est parce que le discours du plaideur vise d'abord à persuader en s'appuyant sur les arguments les plus probables possible, mais dans un domaine où il est souvent difficile d'atteindre à du très probable, qu'il se distingue du discours du juge, qui, lui, n'a pas à persuader, mais à «voir» et à évaluer la valeur probante de ce qui est avancé.

Les manques à l'éthique pour des personnes qui, comme les avocats, les juges, les journalistes et les enseignants, sont des *professionnels de la parole*, tiennent le plus souvent à un recours suspect au discours rhétorique. Une bonne partie du discours public et officiel des juges à propos de leurs salaires, du prix de leur place de stationnement, de leur régime déontologique, de l'autonomie presque absolue qu'ils souhaitent au plan des budgets de gestion de l'appareil judiciaire, etc. est d'essence non seulement idéologique, mais encore rhétorique.

III. Les difficultés d'adaptation de l'appareil judiciaire

Affirmer que les professionnels du droit se doivent d'être branchés sur le bien public, c'est évoquer en même temps le fait que le système judiciaire d'ici refuse toujours de faire le saut dans l'ère moderne. Le problème a atteint la nature d'une question éthique fondamentale. Ici encore, les slogans creux («On a le meilleur système au monde!») tiennent lieu de discours officiel. Et ce discours se fait autoritaire («Vous n'avez point de formation juridique, vous ne pouvez donc pas comprendre l'utilité de ceci ou de cela!»). De nouveau, il importe de débusquer le mensonge.

Depuis quelques années, la presse a saisi l'opinion publique d'un ensemble d'aberrations concrètes et quotidiennes qui marquent toujours la pratique judiciaire des juges, des avocats et des autorités gouvernementales. Le gaspillage éhonté de fonds publics dont est témoin tous les jours la pratique judiciaire⁷ démontre que l'appareil roule dans un monde autre que le moderne. Les justiciables, qui sont en même temps des contribuables, commencent à en avoir littéralement plein le dos. D'autant plus qu'on a atteint le point crucial où la grande majorité des citoyens se voit obligée de financer un appareil judiciaire auquel elle n'a elle-même nullement accès — le système judiciaire étant maintenant réservé dans les faits aux très très pauvres (qui savent bénéficier de l'Aide juridique) et aux très très riches.

Il est pertinent d'emprunter ici à Nietzsche la métaphore dont il use pour décrire la «mauvaise conscience» (*das unglückselige Bewusstsein*). Le philosophe allemand insiste beaucoup sur ce qu'il appelle, dans la deuxième dissertation de *La généalogie de la morale*, «l'origine de la mauvaise conscience». Il a recours à l'image des premiers animaux aquatiques qui sont sortis de l'eau et sont débarqués sur la terre ferme. Il évoque cette «pesanteur terrible» qui écrasait ces êtres appelés désormais à «aller sur leurs pieds et à se porter eux-mêmes», alors qu'ils avaient, jusque là, été portés par l'eau... Pour Nietzsche, la «mauvaise conscience» est en effet le symptôme d'un désordre dans l'évolution et de la mauvaise adaptation à son milieu.

7. Voir, entre autres, R. MORISSETTE, *op. cit.*, pp. 114-122 et *passim*.

Ahuris, sinon enrégés, les citoyens sont en train de découvrir que la classe juridique, appuyée par la négligence chronique des gouvernements, fait persister des techniques de solution des litiges, ainsi qu'un processus de gestion administrative des affaires judiciaires, qui appartiennent à un autre âge, à un monde parallèle au monde réel. Depuis des lunes, enfin, les «comités» multilatéraux sont en train de s'épuiser dans les études et la «recherche», et dans la recherche de «causes» qui sont depuis longtemps évidentes. Or, autant la recherche est une démarche louable, autant elle ne saurait être un succédané à l'action.

Pour ne point alourdir un texte déjà lourd de problèmes, indiquons pour finir les solutions qui s'imposent de toute urgence à ce chapitre.

D'abord, il est anormal que la gestion quotidienne des dossiers judiciaires, criminels et civils, se fasse en salle de cour même et soit le fait des juges et des avocats. Il n'existe dans aucune juridiction un personnel clérical chargé de la gestion quotidienne des dossiers, de leur calendrier, de leur suivi. En matière civile, les prescriptions du *Code de procédure civile* ne sont, dans leur esprit, respectées par à peu près personne. Autant il est absurde de demander aux juges d'ajouter à leurs tâches ces fonctions de gestion, autant il est injuste d'en laisser l'initiative aux avocats. Il n'est pas normal que les tribunaux convoquent d'autorité les citoyens en cour pour 9 heures 30, et les fassent poireauter souvent des demi-journées à la porte, simplement pour leur assigner une date ultérieure de rendez-vous.

Ensuite, la multiplication des lois a créé un nombre risible de recours en appel dans certains domaines (les relations de travail, par exemple), ainsi que des recours abusivement automatiques en révision judiciaire. Ajoutés à l'engorgement chronique des cours et aux délais aussi interminables qu'injustes, de telles possibilités de recours finissent par aménager un *pattern* d'appels purement dilatoires.

À ces dernières dispositions qu'on néglige toujours de corriger, celle qui paralyse en principe l'exécution provisoire des jugements de première instance dans les matières civiles en cas d'appel constitue un autre mécanisme qui heurte gravement l'intérêt public tout en favorisant les appels dans le simple but de gagner du temps.

En matière criminelle, il est urgent que le gouvernement fédéral décide, maintenant que la procédure de la communication de la preuve est devenue à la fois indispensable et complète après la comparution, du sort de l'enquête préliminaire dans le cas de délits mineurs. Les enquêtes préliminaires bidon sont devenues la vache à lait d'avocats de pratique privée qui parasitent le régime de l'Aide juridique et empêchent, en raison des coûts exorbitants que la chose entraîne, un plus grand nombre de citoyens d'avoir accès aux services juridiques. Dans le même domaine, il est inconcevable qu'Ottawa tarde toujours à autoriser la comparution de simple forme par télévision interposée des détenus dans les centre de détention préventive. Les services provinciaux de transport et de «gestion» des détenus à ces fins sont au bord de la faillite. Quant à la gestion des dossiers criminels en dehors de Montréal, il est honteux que le gouvernement provincial tolère l'ouverture de dossiers multiples pour un même incident et s'oblige ainsi à financer des services de soutien et d'équipement qui seraient plus utiles ailleurs.

De plus, la négligence chronique de Québec à réformer la tarification du régime de l'Aide juridique, une tarification «à l'acte» (plutôt qu'«au dossier»), qui comprend des mécanismes pervers et archi coûteux, reste, après toutes les «études» décisives produites à grands frais aux dépens des contribuables, pour le moins étonnante.

En outre, au moment où il s'applique à désengorger, par un effet de dominos, les cours civiles en ajoutant à l'amplitude de la juridiction de la Cour des petites créances, Québec vient d'y démanteler le régime de médiation, comme il paraît avoir renoncé au régime promis de médiation en matière familiale — deux mécanismes pourtant prometteurs d'économies substantielles au plan économique et capables de simplifier la vie des justiciables. En parallèle, le gouvernement, dans une ronde de compressions effectuées à l'aveugle, a, à toutes fins utiles, à grands frais et avec des conséquences dont on commence à mesurer l'incroyable absurdité, démantelé le greffe central des tribunaux civils de première instance de Montréal. On y a remplacé la plupart des professionnels expérimentés par des personnes totalement dépourvues d'expérience, de sorte qu'on a installé la pagaille dans l'ensemble des dossiers comme dans l'ensemble des salles d'audience.

Conclusion

L'obsession de l'image des professionnels du droit, pour peu qu'elle ait un sens, doit donc passer par un sérieux examen éthique des attitudes, puis des pratiques.

Le principe de l'indépendance judiciaire, cardinal en démocratie et conçu comme une garantie aux justiciables, ne saurait être détourné au service d'un groupe d'intérêts particulier. Le principe ne peut servir à justifier des privilèges incompréhensibles aux yeux des citoyens, ni à autoriser un processus de nomination des juges toujours aussi peu transparent quant aux critères de choix et dans lequel joue encore trop souvent l'arbitraire politique. Il ne saurait légitimer non plus, sinon au détriment de la crédibilité de la magistrature même, un régime déontologique où règne l'arbitraire et le secret.

Par ailleurs, si tous les acteurs du système judiciaire déployaient autant d'imagination à agir et à résoudre les litiges qui lui sont présentés, qu'ils en montrent à navrer les justiciables, à leur faire perdre leur temps pour des futilités et à les épuiser moralement et financièrement, ils mériteraient les plus grands éloges dans la cité.

L'avertissement de la philosophe Hannah Arendt, énoncé il y a 25 ans, a toujours sa pertinence :

«Poussé au delà d'une certaine limite, le mensonge produit des résultats contraires au but recherché; cette limite est atteinte quand le public auquel le mensonge est destiné est contraint, afin de pouvoir survivre, d'ignorer la frontière qui sépare la vérité du mensonge.»⁸

8. *Du mensonge à la violence*, dans Agora, éd. Poche Pocket, fasc. 37, Paris, Calmann-Lévy, 1991, p. 11.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CANADA'S NEW IMMIGRATION ACT: AN AFFRONT TO THE
CHARTER AND CANADA'S COLLECTIVE CONSCIENCE?

Auteur(s) : Mark Anthony DRUMBL

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 2

Pages : 385-432

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13375>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13375>

Page vide laissée intentionnellement.

**CANADA'S NEW IMMIGRATION ACT:
AN AFFRONT TO THE CHARTER
AND CANADA'S COLLECTIVE CONSCIENCE?**

par Mark Anthony DRUMBL*

Cet article examinera la constitutionnalité du paragraphe 46.01(1) et du sous-alinéa 19(1)(c.1)(i) de la Loi sur l'immigration. Le paragraphe 46.01(1) prévoit que sont désormais exclus du processus de détermination du statut de réfugié au Canada tous ceux qui sont passés par un tiers pays «sûr» pour arriver au Canada, à la seule exception de ceux qui ne s'y trouvaient qu'en vue d'un vol de correspondance. En vertu de l'art. 19(1)(c.1)(i), toute revendication du statut de réfugié au Canada est irrecevable si l'intéressé a commis une infraction criminelle dans son pays d'origine. L'auteur soutient que ces dispositions violent les garanties procédurales de justice fondamentale prévues à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés. De plus, il soulève la possibilité que les droits conférés aux articles 11(d), 11(g), 12, 14 et 15(1) sont également enfreints par la Loi sur l'immigration. Ensuite, il aborde la question de savoir si ces violations constituent des limites raisonnables au sens de l'article premier de la Charte. Etant donné que les questions relatives à la politique d'immigration se trouvent actuellement au centre de nos débats de société, il devient de plus en plus difficile de maintenir l'équilibre entre les buts de la Loi et les obligations imposées sur le Canada par la Charte et par la Convention des nations unies relative aux réfugiés. Malgré cette difficulté, l'auteur suggère plusieurs façons par lesquelles la Loi peut être amendée pour respecter cette équilibre.

*, Master of Arts (McGill University), LL.B. (University of Toronto), law clerk to Mr. Justice Frank Iacobucci, Supreme Court of Canada, 1994-95.

This essay explores the constitutionality of sections 46.01(1) and 19(1)(c.1)(i) of the federal Immigration Act. These sections empower immigration officials to exclude from the refugee determination process any claimant who has arrived in Canada via a «safe» third country or who has been determined to have committed a criminal offence in the home country, unless the claimant falls into several narrow exceptions provided by the statute. The author submits that these provisions violate the procedural requirements of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. A further investigation is made as to whether these statutory provisions offend the specific rights provided by sections 11(d), 11(g), 12, 14 and 15(1). As well, the essay addresses the question as to whether ss. 46.01(1) and 19(1)(c.1)(i) can constitute reasonable limits under Charter section 1. Ultimately, the author proposes several suggestions as to how these sections can be amended so as to ensure that they attain their policy objectives while respecting both the Charter and the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees. As immigration issues are increasingly thrust into the public policy arena, maintaining this balance could become problematic, yet nonetheless important.

(1994) 24 R.D.U.S.	<i>Canada's new Immigration Act : an affront to the Charter and Canada's collective conscience?</i>	387
--------------------	---	-----

TABLE OF CONTENTS

A.	INTRODUCTION	389
B.	POLITICAL BACKGROUND	391
C.	CHARTER ANALYSIS	393
I.	THE «SAFE THIRD COUNTRY» PROVISIONS	394
	SECTION 12	396
	SECTION 7	405
	SECTION 15	413
II.	THE «PRIOR CRIMINAL RECORD» PROVISIONS ..	415
III.	BEING PART OF AN «ORGANIZATION ENGAGED IN ESPIONAGE, SUBVERSION OR TERRORISM» ..	421
IV.	JUSTIFICATION UNDER SECTION 1 OF THE CHARTER	423
a)	SAFE THIRD COUNTRY	424
i)	CO-ORDINATED INTERSTATE APPROACH	424
ii)	EXPEDITING AND STREAMLINING THE PROCESS	427
b)	PRIOR CRIMINAL RECORD AND SUBVERSIVE ORGANIZATION	429
D.	FILLING THE VOID	431
E.	CONCLUSION	433

*Canada's new Immigration Act :
an affront to the Charter and
Canada's collective conscience?*

(1994) 24 R.D.U.S.

A. INTRODUCTION

On December 17, 1992, *An Act to Amend the Immigration Act and Other Acts in Consequence Thereof* (Bill C-86)¹ received royal assent.² Bill C-86 significantly changes Canada's immigration law by making it more difficult for refugees to process their claims in Canada.³ In fact, the amendments empower the Senior Immigration Officer (the front line state agent in the immigration process) to expel a claimant who falls into certain categories created by the law.

The most significant barriers to having one's claim heard in Canada are found in ss. 46.01(1) and 19(1)(c.1)(i) of the amended *Act*. Section 46.01(1) stipulates that any refugee arriving at Canada's borders through a «safe third country» will automatically be denied a refugee determination hearing in Canada and will be returned to that safe third country. Section 19(1)(c.1)(i) mandates a Senior Immigration Officer (SIO) to exclude from Canada any refugee claimant who has committed a criminal offence in his/her⁴ home country. The only restriction on the scope of 19(1)(c.1)(i) is that the offence be recognized in Canada. Moreover, this section operates in conjunction with s. 19(1)(e) which excludes from the Canadian refugee determination process any member of an organization which is reasonably believed to be involved in terrorist activity.

This essay will analyze the constitutionality of these provisions in light of the broad protection of human rights enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁵. Ever since the decision of the Supreme Court of Canada in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*⁶, it has been recognized

-
1. Third Session, Thirty-Fourth Parliament, 40-41 Elizabeth II, 1991-92.
 2. It took effect on February 1, 1993.
 3. Some statistics might be helpful. In 1991, 14,495 Convention Refugees were admitted into Canada as government sponsored refugees; another 3186 were privately sponsored; the median age was in the 25 to 29 bracket: Immigration Canada, *Immigration Statistics, 1991*, Ministry of Supply and Services, 1992.
 4. A note on the writing style of the essay. In order to reflect gender neutrality and encourage stylistic cogency, this essay will randomly alternate third person references in the masculine and feminine pronouns instead of the «s/he» or «her/his» constructions.
 5. Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982 c. 11 [hereafter the *Charter*].
 6. [1985] 1 S.C.R. 177; 58 N.R. 1 [hereafter *Singh*].

that *Charter* rights vest in any individual physically present in Canada.⁷ *Charter* rights thus inure in all refugee claimants on Canadian soil, whether their entry to Canada was legal or not. This essay will argue that Bill C-86 not only violates a refugee claimant's constitutional rights, but also the right guaranteed to refugees by international covenants not to be sent to a place where one's life or security would be threatened.

Attention will not only be focussed on the legal issues involved, but also on the broad array of political interests that operate within the domain of immigration policy. Canada's acceptance of its international responsibility to mitigate the plight of involuntary migrants was recognized in 1987 when the international community awarded the Canadian people the Nansen medal for outstanding achievements on behalf of the world's refugees.⁸ In so far as Bill C-86 curtails our international responsibilities, its philosophical underpinnings must be questioned.

The potential *Charter* ss. 7, 12 or 15 violations created by the safe third country and the prior criminal record provisions shall be separately considered. Subsequently, this essay shall discuss whether either set of provisions can constitute a reasonable limit under section 1. In short, it seems that the effect of the prior criminal record provisions is more likely to violate the *Charter* than those related to the safe third country. The *Charter* right most susceptible to violation is the s. 7 guarantee of procedural fairness. It is less clear whether these provisions inflict «cruel and unusual treatment» on a claimant; nevertheless, interesting questions arise whether the fact that they significantly increase the risk of such treatment being inflicted can in and of itself violate section 12. If the impugned sections of Bill C-86 are deemed unconstitutional, this essay proposes that judicial initiative can reword these provisions to give effect to the

7. The jurisprudence holds that sections 2 and 7 to 15 clearly apply to such persons. Nevertheless, there is political opposition to such a position. For example, during the political campaign leading up to the October 25, 1993 federal election, the Reform Party indicated that it would consider enacting a policy that would remove *Charter* protection from immigration claimants: «A vote for Canada's future», *Montréal Gazette*, Wednesday October 20, 1993, p. B2.

8. Thanks to Susan MacDonald, Faculty of Law, University of Toronto, for this point.

rights of refugee claimants as well as to promote the legitimate policy objectives behind the *Act*.

B. POLITICAL BACKGROUND

«Quite frankly, Canadians are fed up with people trying to beat the system. This Bill addresses that frustration in Canadian society.»⁹

-- Hon. Doug Lewis, Former Solicitor General

Bill C-86 is the product of many years of discussion, committees and legislative drafting.¹⁰ When the Progressive Conservatives assumed a majority government in 1984, they pledged to revamp Canada's immigration system.¹¹ Their vision -- which animates not only Bill C-86 and regulations made thereto, but also other legislation¹² -- rests on three pillars.¹³ Firstly, Canada must strive to make a «better selection» of candidates for immigration through closer monitoring of categories and numbers of immigrants. Secondly, the immigration system should be imbued with more stringent control mechanisms to protect Canada's domestic security and guard against abuse of social services. Lastly,

9. *Hansard*, 132:163 at 12533, June 22, 1992.

10. A nascent version of the reforms eventually promulgated in Bill C-86 is contained in *Refugee Perspectives, 1987-88*, Refugee Affairs Division, (Ottawa: The Division, 1988). Bill C-86 was itself first introduced in the summer of 1992, and passed through the three Parliamentary readings fairly quickly, not for want of debate, but rather because the government limited the time available to discuss the proposed legislation.

11. The Hon. Flora MacDonald, the then Minister of Employment and Immigration, announced in Parliament on November 23, 1984 that «...le gouvernement [veut] réexaminer la *Loi de l'immigration* et les niveaux d'immigration»: *Hansard*, Volume 1 (1984) at 533. And, at 408, in a discussion of the reevaluation of immigration quotas for 1985, she stated that: «Nous entendons examiner en profondeur la politique d'immigration...nous nous pencherons donc sur les niveaux d'immigration en fonction des besoins de notre pays», (November 20, 1984).

12. For example, «...the government is also proposing to streamline administrative procedures involved in issuing or renewing documents for visitors, students and returning residents», John Shields, Parliamentary Secretary to the Minister of Employment and Immigration, *Hansard*, 132:163 at 12505, June 22, 1992.

13. Hon. Bernard Valcourt, Minister of Employment and Immigration, in *Hansard*, 132:180 at 13911, November 24, 1992.

the immigration and refugee determination systems should be streamlined in order to render fair decisions more quickly.

Thus, it is clear that reform of the refugee determination system is not the main priority of Bill C-86. Instead, the focus is on reducing immigration to Canada. Certain regulations already passed under the new *Immigration Act* serve the dual function of reducing the number as well as diversity of immigrants. The government seeks wealthier and better educated immigrants:

«[We need] a renewed emphasis on the independent and business class immigrant whose skills, talents and acumen are so necessary to our economic prosperity.»¹⁴

In order to attain this goal, the «education regulation» was passed in May 1993.¹⁵ In order to be admitted as an independent immigrant, a claimant must now obtain 70 points out of 100 on the Ministry's new test. A university degree is worth 15 points, and knowledge of English or French nets an additional 15 points. A candidate without a secondary school degree receives no points; a claimant with no proficiency in either English or French also receives no points.

The scope of who can qualify as a refugee claimant has also been narrowed. Reducing the number of refugees is seen to support the policy goals behind Bill C-86 since refugees generally have less education, English/French skills and financial resources than immigrants from «safe» countries.

When Opposition members¹⁶ suggested that Bill C-86 was unnecessarily harsh, Conservative Ministers often responded that Canadians had to establish «better control over [our] immigration and refugee programs».¹⁷ References were frequently made to international criminals who allegedly enter the country due to the laxness of Canadian immigration requirements. Another popular

14. Hon. Jean Corbeil, Minister of Transport, in *Hansard*, 132:163 at 12497, June 22, 1992.

15. Donn Downey, «Canada to tighten immigration laws», *Globe & Mail*, May 26, 1993, p. A4.

16. Most notably Warren Allmand and Dan Heap, respectively the Liberal and NDP immigration policy critics.

17. *Hansard*, 132:180 at 13911, November 24, 1992.

image was that of the refugee who fraudulently weighs down Canada's welfare system.¹⁸ Although an open-door immigration policy may once have been acceptable, many proponents of Bill C-86 now feel it is no longer so. As voiced by Jean Corbeil, Minister of Transport:

«Much has developed in the sixteen years since the Immigration Act was passed...global political and economic conditions are far from stable...the system was not designed to withstand the pressures exerted on it by the realities of the 1990's.»¹⁹

Such is the political background to Bill C-86. A discussion of the constitutionality of its refugee determination provisions shall demonstrate that much of the discourse supporting the legislation is flawed. Although there are some legitimate policy objectives (and this essay will try to flesh these out), they are often lost in a sea of rhetoric. The social and economic problems currently plaguing Western societies cannot be blamed on newcomers and refugees. Doing so obfuscates the real issues at hand and reduces the effectiveness of potential solutions.

C. *CHARTER ANALYSIS*

The relevant sections of the *Charter* are as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

18. John McDermid, Minister of State (Finance and Privatization): «There have been some problems with fraud, not only in the immigration end of things but from that it goes into welfare fraud...», *Hansard*, 132:163 at 12502, June 22, 1992. This vision has also partly animated the recent decision by the Liberal government to issue special identification cards for immigrants.

19. *Hansard*, 132:163 at 12496, June 22, 1992.

(g) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

14. A party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted has the right to the assistance of an interpreter.

15(1). Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

I. THE «SAFE THIRD COUNTRY» PROVISIONS

S. 46.01(1) provides that a person who claims to be a Convention Refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Determination Division if:

«(b) [the person] came to Canada, directly or indirectly, from a country, other than a country of the person's nationality or, where the person has no country of nationality, the country of the person's habitual residence, that is a prescribed country under paragraph 114(1)(s).»

It is only when the SIO deems a person eligible that her claim will actually be heard by the Refugee Division. Thus, the major obstacle to a determination of the merits of a claim is this initial decision by the Senior Immigration Officer. In this sense, the safe third country provisions (as well as

the prior criminal record ones) constitute screening devices geared to reducing the number of claims actually heard by the Refugee Division.²⁰

The only exception to s. 46.01(1)(b) is contained in s. 46.01(3)(a) which provides that a person who is in a country solely for the purposes of joining a «connecting flight» to Canada shall not be considered as coming to Canada from that country. The combined effect of these provisions is as follows: if a Convention refugee arrives in Canada after spending one week in Chicago, he will not be able to have his claim determined in Canada but will be sent by the SIO back to the United States²¹ unless she is satisfied²² that the one week stay was for the purposes of a connecting flight.

It is clear that an individual expelled under the safe third country provisions is not being returned to his home country. Instead, he is being sent to face a refugee determination hearing in his first country of arrival, as long as the Canadian government prescribes that country to be «safe» under the definition found in section 114(1)(s). Under s. 114(1)(s), the Minister classifies countries as «safe» using the list of criteria found in s. 114(8). The criteria are as follows: (1) is the country a signatory to the 1951 *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*²³; (2) are its policies and practices in compliance with Article 33 of the *Convention*, which provides that no claimant is to be sent to a place where her security of the person shall be threatened; and (3) does it possess a progressive human rights record? These, however, are guidelines and not mandatory requirements.²⁴ Thus, a country can fail to satisfy these criteria yet still be included on the list.

20. In the government's view, these legislative amendments will allow the most meritorious claims to proceed as quickly as possible: Refugee Affairs Division, *Refugee Perspectives, 1987-88*, (Ottawa: The Division, 1988), p. 36.

21. The U.S.A. is a safe country under s. 114(1)(s). See note 76.

22. The burden of proving eligibility rests on the applicant: S. 45(4) of the *Act to Amend the Immigration Act*. The *Immigration Act* contains another provision, section 8(1), which reads as follows: «Where a person seeks to come into Canada, the burden of proving that he has a right to come into Canada or that his admission would not be contrary to this Act or the regulations rests on him.»

23. 189 U.N.T.S. 137 (No. 2545) [hereafter the *Geneva Convention* or *Convention*.]

24. S. 114(8): «The Governor in Council *shall* take the following factors into account...». Within the context of legislative drafting, «shall» can be considered to be a permissive term, unlike «will», «is to», or «must».

The concept of returning a claimant to a «safe» place was enacted to promote international co-operation in the area of refugee matters. While it is true that the preamble to the *Geneva Convention*²⁵ encourages a co-ordinated interstate response to the influx of refugees, sending someone to a third country might amount to the first step in returning that person to a dangerous place, namely her home country. Bill C-86 does not preclude this possibility since it does not require the Minister to receive assurances from the safe third country that it will accord the expelled claimant a fair refugee hearing or even a hearing at all. This could violate Article 33 of the *Geneva Convention*, to which Canada is itself a signatory.²⁶

SECTION 12

As held in the *Motor Vehicle Reference*²⁷, section 12 is illustrative of section 7 since «cruel and unusual treatment» is an example of a violation of life, liberty and security of the person.²⁸ Thus, since a statutory instrument may not constitute cruel and unusual treatment yet still violate the liberty and security of a person, it is opportune to first determine whether Bill C-86 infringes s. 12.

This essay shall only discuss whether Bill C-86 occasions cruel and unusual «treatment», not «punishment». The reason for this is clear. The case-law applying s. 12 to the immigration context has held that a deportation simply does not amount to «punishment».²⁹ Nevertheless, both the Supreme Court in *Chiarelli v. M.E.I.*³⁰ and the Federal Court of Appeal in *Canepa v. M.E.I.*³¹ have indicated that a deportation or expulsion may come within the scope of cruel or unusual «treatment».

25. The Preamble reads as follows: «Considering that the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries, and that a satisfactory solution of a problem of which the United Nations has recognized the scope and nature cannot therefore be achieved without international co-operation.»

26. The *Convention's* requirements are listed as policy objectives in ss. 3 and 53 of the *Act*.

27. [1985] 2 S.C.R. 486 at 502.

28. The major difference being that cruel or unusual treatment can never comport with fundamental justice unlike violations of life, liberty and security of the person.

29. *Chiarelli v. M.E.I.*, [1992] 1 S.C.R. 711 at 735, *per* Sopinka J. [hereafter *Chiarelli*].

30. *Id.*

31. [1992] F.C.A., D. 1614-03.

The crux of the matter involves the following question: how can sending someone back to face a refugee determination hearing in a safe third country constitute cruel and unusual treatment? A caveat must be drawn: since the *Charter* does not have extraterritorial application, it is the act taken by the government of Canada that must be cruel and unusual, not that of a foreign government.³²

The jurisprudence on the constitutionality of Canada's extradition procedures indicates how s. 12 is to be applied to the actions of foreign governments on individuals benefitting from *Charter* protection. In *R. v. Kindler*³³, an individual convicted of murder in the United States escaped to Canada after having been sentenced to death by a Pennsylvania court. The Supreme Court of Canada held that it would not amount to cruel or unusual treatment to extradite him to face capital punishment. The test adopted by the majority of the court was that s. 12³⁴ would be violated if extraditing someone would «shock the Canadian conscience».³⁵ Extraditing Mr. Kindler was determined neither to «shock the Canadian conscience» nor «offend the Canadian sense of what is fair, right and just.»³⁶

Under the *Kindler* test the Canadian conscience could be shocked by *directly* returning *bona fide Convention* refugees to face imprisonment, torture or death.³⁷ At first blush, Bill C-86 seems to preclude such a situation since any claimant (if at all expelled) will only be returned to a «safe» country. However, a closer examination of the legislation reveals that it in fact significantly increases the risk that legitimate claimants will face just such a deleterious result.

As stipulated by section 114(7), the Minister is required to review the list of «safe» countries every two years and either add or remove countries at her discretion. It is here that a fundamental problem arises. Although the Minister

32. *Schmidt v. The Queen et al.* (1987), 39 D.L.R. (4th) 18 at 24-5 (S.C.C.).

33. 67 C.C.C. (3d) 1 [hereafter *Kindler*].

34. And fundamental justice under s. 7.

35. *Kindler*, *supra*, note 33, at 9 (*per* McLachlin J., L'Heureux-Dubé J., and Gonthier J.).

36. Consult note 43.

37. *Mattia v. Canada (M.E.I.)* (1987), 25 Admin L.R. 80 (F.C.T.D.).

is supposed to monitor the countries on the list, a country may become «unsafe» and a claimant sent back to that country before the Minister changes its status. Directly expelling a claimant to such a country could shock the Canadian conscience.

Given the volatile political climate in many countries, such a possibility is far from remote. In fact, it has already come before the courts. In *Cheema*³⁸, a claimant was denied Convention Refugee status. A deportation order was issued against him. The claimant then supplied evidence that the political conditions in his native Punjab had deteriorated from the time of his arrival to Canada to the date on which his claim was rejected. He argued that his application for *Convention* status should thus be reassessed. The Federal Court ruled that deporting the claimant violated his *Charter* rights since he was denied a hearing at which to present evidence of these «changing political conditions». The application of section 114 to the eligibility determination is equally heavy-handed, as the claimant is given *no opportunity to present any evidence at all* whether the country to which he is being directly sent by Canada is actually *safe for him*. Many third countries may be «safe» for certain classes of refugees yet not for others.³⁹

Nor is the claimant given a chance to explain why he left that third country in the first place. The Supreme Court, in *R. v. Goltz*, underscored the fact that any characterization of treatment as cruel or unusual should begin «from the perspective of the person actually subjected to [that treatment]». ⁴⁰ By precluding the articulation of this perspective, s. 46.01(1) violates *Charter* section 12.

On another note, the «safe» country may have policies that deny the individual a fair refugee determination hearing. It would «offend the Canadian sense of what is right, fair or just» to send a claimant to a country without assurances that its officials will accord him a fair hearing before returning him

38. *Cheema v. Canada (M.E.I.)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 117 (Fed. T.D.).

39. Consult *Orantes-Hernandez v. Meese*, 685 F. Supp. 1488 (D.C. California) [*infra*, note 72] as well as this essay's discussion of how Bill C-86 violates the life, liberty and security of refugee claimants.

40. [1991] 3 S.C.R. 485 at 505.

to a potentially dangerous home country. Yet the *Act* does not require such assurances in order for a country to be deemed «safe». It should be noted that, in the time leading up to the enactment of Bill C-86, the Canadian government attempted to negotiate a «safe-haven» pact with U.S. authorities in order to ensure that any person denied a hearing in Canada and returned to the United States would be guaranteed a hearing by American officials.⁴¹ The negotiations fell through. Until such agreements are actually passed with *every* country placed on the list in section 114(1)(s), the safe third country provisions shall remain unconstitutional.

Although in *Kindler* the lack of any assurance that the fugitive would not receive the death penalty was not deemed to violate section 12, the situation of Mr. Kindler is distinguishable from that of refugee claimants. In *Kindler* the Supreme Court emphasized that administering capital punishment to an individual convicted of murder *after a fair trial* was not *per se* cruel and unusual. In the case of the amended *Immigration Act*, it is difficult to see how our collective conscience would not be shocked by imposing the risk of severe punishment upon a refugee without having had the merits of her claim even discussed.

Given the quasi-penal⁴² consequences of the SIO's decision, an examination of the s. 12 jurisprudence in the criminal context is useful to help define the meaning of «shock the conscience» in immigration matters. In the domestic criminal context, treatment is cruel and unusual if it is so excessive as to outrage standards of decency.⁴³ This test was first developed by Laskin

41. «Lack of U.S. safe-haven accord dulls teeth of new immigration law», Peggy Curran of the *Montreal Gazette* (January 21, 1993).

42. Decisions are to be characterized by their effects and consequences. The results of the SIO's decision are serious: it is not uncommon for denied claimants to be summarily executed upon their forced return to their home countries. In fact, in recent years Canada has returned several claimants to Iran to face death. This decision to return has consequences more serious than any criminal decision in Canada. If we are willing to attribute «penal» status to a Provincial Court Judge's determinations of fraud, assault and shoplifting, why should we hesitate to ascribe (in the least) the same status to the SIO's decision?

43. Cruel and unusual treatment is determined by different approaches depending on the particular context in question. It appears that there is no definitive test as to what constitutes cruel and unusual treatment, just a variety of mutually inclusive standards to be used with an eye to the specific facts involved.

C.J.C. in *Miller and Cockriell*⁴⁴ and has been applied within the context of section 12 by the Supreme Court in *Goltz*.⁴⁵ In *Goltz*, Gonthier J. adopted the view that, in order to be «outrageous», there must be a gross disproportion between the treatment and what would have been appropriate in the circumstances.⁴⁶ Clearly, there is no proportionality between failing to satisfy an administrative requirement unrelated to the actual merits of one's refugee claim (coming to Canada from a «safe third country») and expulsion from Canada, given that this expulsion could result in torture or even death.

This discussion of Bill C-86 uncovers a broader issue: within *Charter* jurisprudence there has been little discussion of the interplay between s. 12 and procedural guarantees of due process. A persuasive argument can be made that since s. 12 prohibits cruel and unusual treatment *per se*, it should not matter whether an individual has actually received due process before being sent to face such treatment.⁴⁷ Thus, whether Mr. Kindler had a fair trial or not should be simply irrelevant; what is relevant is that it did not violate section 12 to send someone to face the death penalty at the hands of a foreign state.⁴⁸ To this end, the Ministry of Immigration could contend that, given *Kindler* as a precedent, there is no way that s. 46.01(1) violates s. 12. The reply to this is that a closer reading of *Kindler* reveals that the Supreme Court did not separate s. 12 from due process.

44. Cited in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045 at 1072, *per* Lamer J.

45. *Goltz*, *supra*, note 40, at 499. This case involved the decision that a penalty of seven days' imprisonment and a fine of \$300.00 for a first conviction for driving while prohibited did not infringe s. 12.

46. *Id.*

47. A logical extension of the argument would be that procedural concerns ought only to be discussed under s. 7.

48. In making such an argument, the Ministry would have to circumvent the conclusion of La Forest J. in *Kindler*, *supra*, note 33, in which he held at 4 that «...certain punishments imposed following surrender, such as torture, would be so outrageous to the values of the Canadian community that surrender would be unacceptable.» La Forest J. therefore distinguishes capital punishment from torture. Although the logic of such a distinction could be perceived as tenuous, it is found in the jurisprudence of the Supreme Court. Thus, even on a direct application of *Kindler*, sending an individual to face torture, even if twice-removed from Canada, would shock our collective conscience.

In fact, if the determinative test for a s. 12 violation is the *Kindler* «shock the conscience» test, it seems that the Supreme Court has in fact created room for procedural concerns *within* section 12. For example, if two claimants flee the same dangerous home country and Canadian authorities return one after a thorough hearing reveals him to be a dangerous international criminal, this may not «shock the conscience». Yet, turning away the second claimant without any due process determination as to his *bona fides* could «shock the conscience» even though both individuals would be subjected to the same treatment at the hands of the state officials of the home country.⁴⁹ Bill C-86 thus violates s. 12 since its inadequacy of procedural guarantees heightens the risk that cruel and unusual treatment shall be inflicted on a *bona fide* claimant.

Moreover, the arguments related to the lack of extraterritorial application of the *Charter* are shortsighted since they run counter to the spirit of the *Charter* itself.⁵⁰ The *Charter's* purpose is to protect individuals from the *effects* of governmental intervention.⁵¹ This perspective was superimposed upon the extradition context in Cory J.'s dissenting judgement in *Kindler* [*italics are mine*]:

«The manner in which a foreign state deals with the fugitive upon surrender may, in some situations, violate the *Charter*. When such a likelihood arises, Canada must accept responsibility for the ultimate consequence of the extradition. *To argue that the Charter protection against cruel and unusual punishment does not apply because the punishment is inflicted by [another] state is an indefensible abdication of moral responsibility.*»⁵²

49. The extent to which we extend s. 12 protection to refugee claimants in Canada is a difficult issue for, if the protection is of a blanket nature, it could preclude Canadian authorities from ever sending *any* claimant (no matter how unmeritorious) to *any* dangerous place. Would this be too onerous for our immigration infrastructure? Perhaps. Yet, on the other hand, the problem with including procedural guarantees in s. 12 is that the scope of the protection against cruel and unusual treatment could be watered down since the door is opened to such treatment being permissible under certain circumstances.

50. First discussed in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

51. *R. v. Big M Drug Mart*, [1985] 1 S.C.R. 295.

52. *Kindler*, *supra*, note 33, at 6.

A question arises as to whether giving the *Charter* extraterritorial application imposes Canadian values on other countries. This concern has animated the decisions of the Supreme Court in extradition matters. In *Canada v. Schmidt*, La Forest J. emphasized that the «judicial process in a foreign country [cannot] be subjected to finicky evaluations against the rules governing the legal process in this country [Canada]». ⁵³ It was held that *Charter* rights are not universal, but relative to the Canadian context. For the most part, political concerns such as promoting international comity lie at the heart of this interpretative approach.

However, the *Charter* could retain extraterritorial application when it is called upon to uphold the one set of human rights that are truly universal: those enunciated in the various *United Nations Conventions*. Every refugee claimant has the right under Article 32 of the *Geneva Convention* to be expelled to the home country only with due process of the law. ⁵⁴ Although it is clear that international covenants are not legally binding in Canada, Dickson C.J.C. held in *Oakes* that those international covenants to which Canada is a signatory help define the scope of *Charter* rights. ⁵⁵ In a subsequent decision, *Slaight Communications v. Davidson*, the Supreme Court held that Canada's international human rights obligations should inform the interpretation of *Charter* rights. ⁵⁶ This case-law supports the argument that the *Geneva Convention's* guarantees could be enforced through the *Charter*. We cannot lose sight of the fact that, if there are any individuals who are needy of a «large and liberal» interpretation of their Canadian constitutional rights, it is those who do not have any rights at all in their home country.

There is another way in which the safe third country provisions might inflict cruel and unusual treatment on a refugee claimant. In many cases a claimant, even if he has the intention of making a new home in Canada, will be unable to obtain a ticket to Canada from his home country. For example, let us take the case of East European refugees or those fleeing the disintegration of the former Yugoslavia. Due to financial or transportation limitations, a claimant

53. [1987] 1 S.C.R. 500 at 522.

54. 189 U.N.T.S. 137 (No. 2545).

55. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at 120-1.

56. [1989] 1 S.C.R. 1038 at 1056-57.

might only be able to take a train to Austria even though he has family or friends in Canada and wants to settle here. If he purchases a ticket to Canada in Vienna, he will be unable to have his claim determined in Canada since his original place of entry was Austria, a «safe» country. Moreover, given the fact that «connecting flight» is not defined in the *Act*, the Senior Immigration Officer will likely use a «common-sense» definition of the term which does not include tickets bought in a foreign country several weeks after the initial date of arrival.⁵⁷ If s. 12 is given a broad reading, it could deem it to be cruel or unusual to force a claimant to have her claim adjudged in the first safe country in which she arrives, this often simply being the result of geography and airplane schedules.⁵⁸ It must be remembered that refugees are seeking more than just temporary asylum, yet a permanent place where they can build a new life. The «co-ordinated interstate response» policy should not be pushed to the point that it infringes the principle of human dignity which lies at the heart of section 12.⁵⁹

Yet another scenario demonstrates the unconstitutionality of Bill C-86. In March and August 1991 thousands of Albanian refugees sailed across the Adriatic Sea to seek asylum in Italy. The numbers were too large for the Italian authorities to handle at once and many claimants had to be forcibly returned without any refugee determination hearing.⁶⁰ Although the Albanian government indicated that some of the refugees would be pardoned, Italian authorities knew that the subset of claimants who were completing military service (several hundred) would, upon their return, be charged by a military court with desertion.⁶¹ To this end, when there is a particular glut of refugees to one «safe» country, that country (such as was the case with Italy) might be forced to adopt

57. The constitutionality of the «connecting flight» provision could perhaps be preserved if the courts read in a definition of the term broad enough to cover situations such as this, where claimants need to spend time in third countries for transportation, financial or other related considerations. This approach is discussed in section D, *infra*.

58. In *Akthar v. Canada (M.E.I.)* (1991), 14 Imm. L. R. (2d) 39 at 43, Hugessen J.A. of the Federal Court of Appeal held that, within the immigration context, he «...might even be prepared to concede that unreasonable restrictions touching the very fundamentals of human existence might be found to constitute cruel or unusual treatment.»

59. Naturally, whether or not «human dignity» covers a choice as to where to immigrate or a right to family unification is a question for the courts to determine. As the number of involuntary migrants increases, this particular issue shall increase in importance.

60. «Repatriated Albanians 'tricked' by Italy», *Globe & Mail*, August 19, 1991, p. A1.

61. *Id.*

a stricter admission policy than normal and turn away *bona fide* claimants such as the Albanians in question.⁶² Under the provisions of Bill C-86, any claimant in such a situation, if he were to have left Italy for Canada, would be promptly returned to Italy by the Senior Immigration Officer even if she knew of the situation in Italy. At that point, any such claimants would likely be returned to Albania (a country known for its human rights abuses).⁶³ The fact that there is no discretion with regards to turning back a claimant opens the door to the possibility that cruel and unusual punishment might ensue from the application of the *Act*.

In sum, until the international community develops standardized and fair refugee determination policies⁶⁴ that will be applied consistently among *all* safe third countries, the possible risks of refusing someone a merit-based hearing in Canada could be serious enough to violate section 12.

SECTION 7

The scope of «life, liberty and security of the person» is much broader than «cruel and unusual punishment». Even if the impugned sections of the *Immigration Act* do not violate section 12, they may still infringe section 7.⁶⁵

The threshold question is whether the expulsion violates the claimant's «life, liberty and security of the person». In *Singh*, Wilson J. held that s. 7 «...must encompass freedom from the threat of physical punishment or suffering

62. Italy deported these claimants despite an appeal from the United Nations High Commissioner for Refugees to accept the influx: *Globe & Mail*, March 9, 1991, p. A10.

63. The International Helsinki Foundation affirms that, at the time of the influx to Italy, about 200 political prisoners were incarcerated in Albanian jails, their only «crime» being to try to emigrate.

64. This does not necessarily mean the most favourable procedures imaginable, yet simply fair due process as per international standards.

65. It is important to bear in mind that ss. 7 and 12 are interconnected and that there is a certain element of overlap between them. Thus, the contingencies discussed in the preceding section can also be used as evidence of a potential section 7 violation. For purposes of brevity they shall not be repeated here.

as well as freedom from such punishment itself.»⁶⁶ Therefore, any decision that exposes an individual to such a risk infringes his security of the person. The SIO's decision could expose the claimant to the type of risk envisioned in *Singh*.

Moreover, in *Akthar v. Canada (M.E.I.)* Hugessen J.A. held that merely being placed in the refugee determination process puts in issue the claimant's life, liberty and security of the person.⁶⁷ Canadian courts have even held that state-imposed psychological trauma constitutes an infringement of s. 7.⁶⁸ This line of reasoning has its origins once again in Wilson J.'s judgment in *Singh*, in which she concluded that [*italics are mine*]:

«To deprive [a refugee] of the avenues open to him under the *Act* to escape from the fear of persecution must, at the least, impair his right to life, liberty and security of the person.»⁶⁹

The geographic patterns of involuntary migration help illustrate how Bill C-86 violates the refugee claimant's right to life, liberty and security of the person. Fully one-third of all individuals arriving at Canada's borders through safe third countries pass through the United States. To this end, the «safe third country» turnaround provisions will mean that tens of thousands of claimants will be returned to American authorities.⁷⁰ Passing through the U.S. is a transportation necessity for refugees arriving to Canada from Latin America. This is cause for concern since the United States has a record of unfair treatment of these refugees. American immigration practices related to Latin America have

66. *Singh, supra*, note 6, [1985] 1 S.C.R. 117 at 207; 58 N.R. 1 at 55. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 at 166, Wilson J. expanded her position and held that security of the person covers the right of an individual to make important decisions related to her person independently of state intervention. An immigrant's choice of migrating to a new home could qualify as such a decision.

67. *Akthar, supra*, note 58, at 43.

68. *Morgentaler, supra*, note 66, at 45. Consult also *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863, *per* Lamer J. In *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218 at 239, Décary J. of the Federal Court Trial Division held that merely increasing a person's anxiety as to his state of health (based on the possibility that the individual's health would in fact be placed in jeopardy) was sufficient to trigger s. 7.

69. *Singh, supra*, note 6, [1985] 1 S.C.R. 117 at 260.

70. Of the 44,000 refugees presenting their claims in Canada in 1992, roughly 15,000 came via the United States.

been found to be arbitrary and linked to the particular political or strategic relationship the «home» country has with Washington.⁷¹

Examples of this unfairness are found in the facts of *Orantes-Hernandez v. Meese*.⁷² In this case, the Federal District Court for California was presented with evidence attesting to U.S. immigration practices that flagrantly violate the terms of Article 33 of the *Geneva Convention*, to which the U.S. is a signatory. El Salvadorean refugee claimants were routinely denied determination hearings and were often coerced by U.S. authorities to sign «voluntary» deportation consent forms. Kenyon D.C.J. held that these claimants were entitled to the protection of Article 33 and declared their «voluntary» deportation forms to be void. Nevertheless, the effect of this decision has recently been diluted. In June 1993 the U.S. Supreme Court held in *Sale v. Haitian Centers Council* that the interception of Haitian 'boat people' (political as well as economic refugees) and their forced return to Haiti was constitutionally permissible.⁷³ Stevens J. held that the government's actions⁷⁴ contravened neither the Bill of Rights nor Article 33 since neither have extraterritorial effect.⁷⁵ The Supreme Court's position is that Article 33 only applies to the domestic procedures by which the Attorney-General decides which claimants might remain in the U.S.A. Thus, if Canada is to return a claimant to the U.S.A., American officials are not bound by the terms of Article 33 *until that person has already entered the U.S. refugee determination system*. U.S. officials are then free to keep that claimant «in orbit»

71. Catherine Torlai, «La politique des Etats-Unis d'Amérique relative aux réfugiés et à l'immigration: problèmes et solutions», in Dominique Turpin, ed. *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales: défis et solutions*, (Economica: Paris, 1989) p. 189 at 194 and 195. In effect, *Convention* refugees have been found to be treated differently depending solely on their national origin. For example, in 1983 the United States accepted 87% of Soviet and 44% of Romanian refugee claimants yet only 3% of El Salvadorean and 2% of Guatemalan claimants.

72. 685 F. Supp. 1488 (D.C. California).

73. *Sale v. Haitian Centers Council* (1993), 125 L Ed 2d 128 (U.S.S.C.).

74. Passed through Executive Order 12807 which allows the U.S. Coast Guard to intercept vessels on the high seas transporting passengers from Haiti to the U.S. and return such persons to Haiti without first determining whether they might qualify as refugees.

75. *Haitian Centers Council*, *supra*, note 73, at 133. Stevens J. found that the actions of the U.S. Coast Guard violated the «spirit of Article 33» and even of U.S. immigration legislation. Nevertheless, neither applied to the Haitians in question since they were intercepted in international waters. Furthermore, the Bill of Rights will not apply to any refugee claimant illegally in the United States.

or return him to the home country. Thus, given that it is politically improbable that Canada would ever declare the U.S. to be an «unsafe» third country⁷⁶, the life and security of those refugees «passing through» the United States is especially threatened.

S. 46.01(1) cannot be deemed to infringe s. 7 merely because it deprives a claimant of her security of the person. Section 7 will only be violated if the specific deprivation is not made in accordance with fundamental justice. As outlined by Lamer J. in the *Motor Vehicles Reference*, fundamental justice has both a substantive and a procedural aspect.⁷⁷ It is difficult to conceive how the perfunctory decision of the Senior Immigration Officer as to whether an individual arrived from a «safe» third country for the purposes of a connecting flight satisfies the threshold of procedural fairness mandated by section 7.

It is settled law that fundamental justice is to be contextually defined.⁷⁸ In *Singh* it was concluded that the severity of the potential outcome should determine the extent of the procedural protection within the decision-making process.⁷⁹ This case is of high precedential value due to the similarity of its facts to potential situations that shall likely emerge under Bill C-86.

In *Singh*, legislation disentitling a refugee claimant to a full oral hearing in an immigration re-determination proceeding was determined to be inoperative due to its violation of fundamental justice. Wilson J. concluded that, given the seriousness of the outcome of the decision, the claimant must be able to state his

76. Jack Shields, Parliamentary Secretary to the Minister of Employment and Immigration: «The United States I would consider a safe country under the refugee determination system. It has proven that in the past. It has been a very generous country in the past.», *Hansard*, 132:163 at 12507, June 22, 1992. Consult also Margaret Young, *Canada's Refugee Status Determination System*, Background Paper, Ottawa: Library of Parliament Research Branch, (Revised, September 1991) and Arthur C. Helton, Lawyers' Committee for Human Rights, «Brief to the Legislative Committee on Bill C-86», August 1992.

77. *Motor Vehicles Reference*, *supra*, note 27, at 487.

78. *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

79. *Singh*, *supra*, note 6, 58 N.R. 1 at 62-3. This principle was echoed by Cory J. in *The Queen v. Wholesale Travel*, [1991] 3 S.C.R. 154 at 226: «Context is relevant both with respect to the delineation of the meaning and scope of *Charter* rights, as well as to the determination of the balance to be struck between individual rights and the interests of society.»

case as well as know the case he has to meet.⁸⁰ The effects of the Senior Immigration Officer's decision are just as far-ranging as those of the Immigration Board in *Singh*. At best, the claimant will be exposed to a refugee determination hearing in a country in which she has expressly chosen not to settle. At worst, the claimant could be eventually returned to face punishment or death in the home country without any hearing at all. Given the gravity of the consequences, the eligibility determination by the Senior Immigration Officer should be encircled with procedural safeguards to at least allow the claimant to be told the case against him and to be given a fair opportunity to respond.⁸¹ However, the *Act* does not provide for a hearing, whether oral or written.⁸² A section 7 violation is thus triggered.

As explained earlier, the claimant is unable to present any evidence as to why the «safe third country» might not be *safe for him*. In *Singh*, it was held that oral hearings are mandatory when there is a serious issue of credibility or when the determination will only be effective if the subject of the determination can present «his side of the story». In the case of a refugee claimant, the «safeness» of the third country is a serious issues of credibility.

Furthermore, in what will likely be one of the most important determinations in the claimant's life, no provision is made for any right to counsel. Even though the onus of proving that one's claim is eligible to be determined in Canada rests with the applicant⁸³, no allowance is made for legal advice to help discharge the burden of proof. In *Howard v. Stony Mountain*, the Federal Court held that the right to counsel emerges when a person is in a situation where the consequences of a decision are severe and she might not have sufficient «aptitude» to understand and present her case.⁸⁴ Such a situation can easily arise in the refugee determination process.

80. *Singh, supra*, note 6, 58 N.R. 1 at 64.

81. *Singh, supra*, note 6.

82. The officer has the power to look at the arrivant's travel documents, determine whether she came from a «safe third country», decide if the stop was for the purposes of a connecting flight, and immediately order her back.

83. Section 45(4) of the *Immigration Act*.

84. [1984] 2 F.C. 642 at 663.

However, any argument that Bill C-86's failure to provide a right to counsel violates s. 7 must, in order to be successful, circumvent the March 1993 Supreme Court decision in *Dehghani v. Canada (M.E.I.)*.⁸⁵ In *Dehghani*, Iacobucci J. held that fundamental justice does not require that a lawyer be present at a preliminary meeting at which a claimant's status as a refugee is to be determined. Nevertheless, Iacobucci J. was careful to point out that the absence of a lawyer was only permissible because the meeting in question was nothing more than a «routine information gathering» session and not an actual hearing. The *Dehghani* situation can therefore be distinguished from situations that would arise under Bill C-86 in which claimants would be without counsel at hearings during which the SIO would have the power to expel them from Canada. In fact, at least one commentator on the *Dehghani* decision has noted that, under Bill C-86, the absence of legal counsel at the «front-line» hearings could violate s. 7 given the greater magnitude of these hearings than those at issue in *Dehghani*.⁸⁶

Even if the *Charter* may not require the provision of a lawyer at the refugee determination hearing, it does mandate the presence of an interpreter. Despite the fact that many claimants simply do not speak English⁸⁷, the *Act* does not require the services of an interpreter when these claimants first meet with the SIO. The entire expulsion process could take place without the claimant comprehending any of the procedures nor the Immigration Officer being able to understand anything the claimant has to say. Along with infringing section 7 of the *Charter*, this specifically denies the section 14 right to an interpreter in any «proceedings». The eligibility decision of the Senior Immigration Officer certainly bears serious enough consequences on the claimant to qualify as a «proceeding» under the *Charter*.⁸⁸

85. (1993), 39 A.C.W.S. (3d) 501 (S.C.C.).

86. Richard Boivin, «La Charte permet l'examen secondaire d'un immigrant», *The National*, August/September 1993, p. 40.

87. Or French. *Xie v. Canada (M.E.I.)* (1990), 10 Imm.L.R.(2d) 284 at 107.

88. Such was the position of the Federal Court of Canada in *Brar v. Canada et al.* (1989), 30 F.T.R. 284 at 300. It was held that immigration decisions fall under the rubric of s. 14 «proceedings».

Furthermore, under Bill C-86, the claimant will not have notice of the exact case that shall be tendered by the SIO. In its 1992 decision in *Lakeside Hutterite Colony v. Hofer*, the Supreme Court of Canada held that notice is a «most basic requirement» of fundamental justice.⁸⁹ On a related note, the claimant is not entitled to discover the Minister's case. In *Singh*, Wilson J. held that «...as a matter of fundamental justice, a refugee claimant would be entitled to discovery of the Minister's case».⁹⁰ With *Hofer* and *Singh* as precedents, the lack of notice and discovery contribute to a s. 7 violation.

Moreover, there is no sensitivity to the fact that a claimant may simply be unaware of the conditions precedent for entry into Canada. The Ministry assumes claimants to have knowledge of the requirements for admission into the Canadian refugee determination process. This assumption seems unreasonable given the fact that the claimant will be far removed from Canadian public sources before choosing to come here.⁹¹ Although on its own the effects of this assumption might not be sufficient to infringe s. 7, they serve as evidence that, when coupled with the lack of counsel, interpreter, discovery and hearing, establish a *Charter* violation.

89. [1992] 3 S.C.R. 165 at 195, *per* Gonthier J. [hereafter *Hofer*]. The main purpose of the notice requirement is to ensure that the subject of the administrative decision can prepare to defend himself or herself as well as better contribute to the discussion.

90. 58 N.R. 1 at 65.

91. Whether refugee claimants should be assumed to have knowledge of the Canadian statutory provisions is a contentious debate. On one side of the debate are those who maintain that, since ignorance of the law is no defence to a criminal charge, why should it operate within the immigration context? Such was the reasoning of Décary J. in *Metodieva v. Canada (M.E.I.)*, (1991, F.C.J. No. 629 at 9). This position, however, ignores the fact that a refugee claimant will have had far less access to the public record than any Canadian citizen charged with a criminal offence. Perhaps a more straightforward position on this issue is that taken by Vice-Chair Townshend of the Immigration Appeal Board in *Crawford*, *infra*, note 112, at 20:

«This may sometimes be a harsh responsibility to place on a lay person, particularly someone in a faraway foreign land. But in my view to derogate from that principle...is not an approach which commends itself to me either in logic, fairness or practicality.»

There is no opportunity to appeal the decision of the Senior Immigration Officer.⁹² Appeals form a key part of fundamental justice in so far as they enable decisions to be reviewed and new evidence to be adduced. In the decision of the Supreme Court in *Chiarelli v. M.E.I.*, certain sections of the *Immigration Act* authorizing a deportation were determined to be constitutionally valid.⁹³ Nevertheless, throughout the entire expulsion process, Mr. Chiarelli was statutorily entitled to numerous discretionary rights to appeal the decision of the Officer. These appeal guarantees were relevant to the constitutionality of the deportation provision. The absence of any such right (even a discretionary one) in Bill C-86 amounts to a denial of fundamental justice to refugee claimants. It also contravenes Article 16 of the *Geneva Convention*, which provides that a refugee shall have free access to the courts of law on the territory of all signatory states.⁹⁴

In *Chiarelli*, Sopinka J. held that «...the Court must look to the principles and policies underlying immigration law in determining the scope of fundamental justice.»⁹⁵ He went on to add that the most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an «unqualified right» to enter

92. This seems to be a deliberate omission, since the *Immigration Act* allows claimants to appeal the decisions of the Convention Refugee Determination Division, yet not the initial decision of the Senior Immigration Officer that determines whether the claimant can address the Division at all.

Aside from a judicial review application, the only avenue open to a claimant is to use section 10(c) of the *Charter* to file a writ of *habeas corpus* in the court system, which is practically impossible given the fact that the claimant shall likely be detained in an airport (or a border crossing) and will probably have no understanding of the intricacies of the Canadian legal system. The main drawback with a judicial review application is that it requires leave of the court. Researchers have found that, in so far as the Federal Court of Appeal is concerned, there is a great deal of arbitrariness with regard to which applicants are given leave. There are wide variations from judge to judge: I. Greene & P. Shaffer, «Leave to Appeal and Leave to Commence Judicial Review in Canada's Refugee Determination System: Is the Process Fair?» (1992), 4 Int'l. J. Ref. L. 71.

93. [1992] 1 S.C.R. 711. This case involved the expulsion of a permanent resident applicant to Italy (his home country) for the reason that he had been convicted of violent crimes in Canada. The deportation occurred after his prison sentence in Canada had been served.

94. It is unclear whether «free access» includes access to the same courts Canadians may have access to. There could be a conflict if «free access» is taken in its literal sense since this means that refugee claimants could acquire access to courts normally inaccessible to Canadians.

95. *Chiarelli*, *supra*, note 93, at 733.

or remain in the country.⁹⁶ Nevertheless, the *Immigration Act* must not qualify this «right» by means not consonant with fundamental justice. In effect, Sopinka J.'s comments deny the fact that there is an even more basic principle animating immigration policy: no-one shall be sent back to a dangerous place without the benefit of a fairly conducted merit-based hearing. It is United Nations policy that no request for asylum be denied on the simple reason that the applicant could have requested protection in another nation.⁹⁷ Bill C-86 contravenes these principles as well as the section 7 and 14 rights of refugee claimants.

SECTION 15

Not every distinction infringes the equality provisions of the *Charter*. The appropriate test to determine which distinctions do violate section 15 is set out in *Andrews v. Law Society of British Columbia*⁹⁸. There are two steps. The distinction must have a differential impact that results in a denial of equal benefit of or equal treatment before or under the law. Secondly, the distinction must involve a prohibited ground of discrimination.⁹⁹ There are two types of prohibited grounds: those enumerated in section 15 and those analogous to these enumerated grounds. A thread between these two categories is that they frequently cover groups that have faced historical or structural disadvantage which has, in turn, rendered them «discrete and insular minorities».¹⁰⁰

The safe third country provisions create a distinction on the basis of national origin: between refugees from countries with direct access to Canada and those without. Members of the latter group (unless they fit into the connecting flight exception) are denied the protection the *Immigration Act* accords refugee claimants directly arriving to Canada.

96. *Id.* See also *Dehghani*, *supra*, note 85.

97. *Conclusion on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the U.N.H.C.R.*, Programme no. 15, 1979.

98. [1989] 1 S.C.R. 143.

99. Whatever intent or motive the government may have had in enacting the legislation is irrelevant since, given the decision of the Supreme Court in *O'Malley v. Simpson-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536 at 547, one does not need to find a discriminatory intent in order to prove discrimination.

100. *Andrews*, *supra*, note 98, at 183; *R. v. Turpin and Siddiqui*, [1989] 1 S.C.R. 1296 at 1332.

Since this distinction involves an enumerated ground, a *prima facie* s. 15 violation is established.¹⁰¹ Nevertheless, this violation is further consolidated if it is determined that the group receiving the differential treatment constitutes a discrete and insular minority.¹⁰² In fact, this was a requirement under the original *Andrews* test. The geography of refugee migration indicates that refugee-nationals of countries not directly linked to Canada are disproportionately most needy of securing asylum in Canada.¹⁰³ To this end, the category of persons differentially affected by the safe third country provision constitutes an *a priori* disadvantaged group.

Nevertheless, even if this category does not qualify as a discrete and insular minority, recent *Charter* jurisprudence has held that an inability to demonstrate membership in such a minority is not necessarily a bar to establishing a s. 15 violation. For example, in *R. v. Turpin and Siddiqui*, Wilson J. held that proving the existence of a discrete and insular minority would merely be helpful (as an «analytical tool») to the success of the claim.¹⁰⁴

101. Moreover, s. 46.01(1) also violates Article 3 of the *Geneva Convention*, which stipulates that «...the provisions of this *Convention* [be applied] without discrimination as to country of origin.» Although infringing an international covenant is not determinative of a *Charter* violation, it is evidence leading to such an end.

102. In response to the s. 15 challenge, the Ministry could suggest that there is simply no discrimination because claimants from countries not directly linked to Canada can always present a «normal» immigration claim. It is true that, should the claimant have advance knowledge about the safe third country provision, she can apply for immigration status in Canada instead of refugee status once she arrives in the safe third country. However, what if she does not have this knowledge, arrives in Canada and pleads refugee status? Her application would be denied and she would be returned. At that point she cannot switch categories to «normal immigration candidate». In effect, two parallel systems are created: one for immigrants, one for refugees: s. 57(1) of the *Immigration Act*. Moreover, even if switching were possible, a refugee would likely be disadvantaged by the standards for a successful immigration application which focus on wealth, education and linguistic ability, not the threat of persecution.

103. For example, as discussed earlier, the Latin American refugees who basically have no choice but to pass through the United States en route to Canada. Doing so opens them up to the unfair practices related to Latin American refugees scholars such as Torlai have found to be present within American refugee policy: consult note 71 *et seq.*

104. [1989] 1 S.C.R. 1296 at 1333. Nevertheless, in this case Wilson J. held that «...it would be stretching the imagination to characterize persons accused of one of the crimes listed in s. 427 of the *Criminal Code* in all the provinces except Alberta as members of a 'discrete and insular minority'», at 1333. To this end, there are still clear limits to which groups can launch

Furthermore, in its 1990 decision in *R. v. Hess*, the Supreme Court held that s. 15 could be offended if a statute discriminated against men, clearly not a «discrete and insular minority».¹⁰⁵ This lessening of the requirements of the original *Andrews* test should make it easier for those not members of discrete and insular minorities to launch s. 15 claims, especially when the distinction involves an enumerated ground.¹⁰⁶ For his part, Peter Hogg maintains that, in order to establish a s. 15 violation, it need only be shown that a law imposes a disadvantage upon a person by reason of a named or analogous characteristic.¹⁰⁷

II. THE «PRIOR CRIMINAL RECORD» PROVISIONS

Bill C-86 provides that a person is not eligible to have the claim heard by the Refugee Division if he has been determined by an adjudicator to be a person described in s. 19(1)(c.1)(i) and if the Minister believes he constitutes a danger to the Canadian public. S. 19(1)(c.1)(i) reads as follows:

«No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

*(c.1) Persons who there are reasonable grounds to believe
(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more.»*

Unlike the case with the safe third country provisions, claimants are not returned to a «safe place» to face a hearing, but are instead sent directly back to their home countries, no matter how heinous the potential treatment they may receive there. As with s. 46.01(1), these provisions are screening filters: instead

a claim under s. 15.

105. [1990] 2 S.C.R. 906.

106. Not always. Although the *Turpin* approach to s. 15 was approved by Lamer J. in *R. v. G  n  reux*, [1992] 1 S.C.R. 259 at 275 and 311, in the most recent decision of the Supreme Court on the matter -- *Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995 at 1043 -- L'Heureux-Dubé J. held that the failure of the complainant to prove membership in a «discrete and insular minority» was detrimental to his claim.

107. P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 1992, Third Edition (Toronto: Carswell), para. 52.7(g).

of having one's prior criminal record go to the substance of one's actual claim, it affects one's admissibility in the entire process.¹⁰⁸

This section is very similar to s. 19(1)(c) of the former *Immigration Act* which denied permanent residence to individuals claiming immigration status (generally persons from «safe» countries) who have a prior conviction. Given that the present «prior criminal record» provisions affecting immigration claimants and refugees are placed in the same section of the *Act* and encompass the same wording, the intent of the legislature appears to be that the methodology used to apply the former s. 19(1)(c) is to be used in the application of 19(1)(c.1)(i). If this is the case, the effect of 19(1)(c.1) might constitute cruel and unusual punishment or, at least, violate section 7.

In applying subsection 1(c), courts had developed an equivalency test to evaluate whether a foreign criminal offence should be recognized in Canada.¹⁰⁹ Judicial review also provided for a broad «fairness» duty in this area so that any claimant could have an opportunity to make representations. Nevertheless, despite the existence of these safeguards, immigration authorities have, in recent years, denied permanent residence applications on the basis that the applicant had impersonated a chauffeur in Hong Kong in 1965¹¹⁰, that the applicant had stolen the equivalent of \$2.50 worth of goods¹¹¹, and that the applicant had killed an animal in 1959 with the intent to steal the carcass.¹¹² These examples indicate that the Ministry has a low standard of who «constitutes a danger to the public

108. These provisions work in tandem with many others in the *Immigration Act* designed to reduce the numbers of «international criminals» granted immigration status in Canada. This appears to be a clear priority of the government. In matters of «normal» immigration, s. 19(1)(c.2) allows the SIO to expel any claimant it is reasonably believed was a member of any organization that engaged in a pattern of criminal activity. Section 19(1)(c.1)(ii) is even more sweeping: it allows the SIO to expel a claimant who it is reasonably believed has committed outside Canada an offence recognized in Canada. Since these two provisions do not apply to refugees, a discussion of their constitutionality falls outside the scope of this essay. Nevertheless, this is an issue that should be addressed. However, this topic, just like the constitutionality of the provisions affecting refugee claimants, has so far attracted little academic attention.

109. *Hill v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1987), 1 Imm.L.R. (2d) 1.

110. *Ong v. Canada* (1987), 3 Imm.L.R. (2d) 119.

111. *Wong v. Canada* (1989), 8 Imm.L.R. (2d) 16.

112. *Crawford v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 3 Imm.L.R.(2d) 12.

in Canada». In fact, it appears that once a conviction of any sort is proven, the Minister is satisfied that the claimant constitutes a «danger».

Nevertheless, the identically worded prior criminal record exclusionary provision *affects* refugee claimants in a much different way than it does immigration claimants. The situation of a refugee is much more desperate than a permanent residence applicant from a safe country since the legal systems of «unsafe» nations are often highly arbitrary. To this end, it is much more tenuous to rely upon convictions from such states. Thus, the judicial equivalency test used in permanent residence applications should certainly not be applied in the context of the eligibility of a refugee. The present equivalency test has two components: (1) a comparison of the precise wording of each statute to determine the essential ingredients of the respective offences; (2) the examination of the evidence before the adjudicator to ascertain whether that evidence is sufficient to establish that the essential ingredients of the offence in Canada had been proven.

Although this test may serve the limited purpose of assessing claims from «safe» countries, its application in the context of refugee claimants will not be sufficient to allow section 19(1)(c.1)(i) to satisfy section 7. This test does not evaluate whether the police actions and judicial procedures in the foreign country conform at all to Canadian norms. No attention is paid to the origins of the evidence used to satisfy the second branch of the equivalency test.

There is thus no requirement that the conviction, in order to be relied upon, must have been arrived at in a manner that comports with (or is even loosely similar to) the Canadian understanding of fundamental justice. No one¹¹³ is mandated to ask whether the initial determination of guilt was made in a fair trial, with right to counsel and the right to cross-examination of the accusers. In this sense, a substantive decision regarding the fate of a refugee will be made in Canada based on the result of a trial that could very well have violated every right the *Charter*, common law or international criminal

113. On another note, Bill C-86 does not indicate how the adjudicator is to be selected, to whom she is to be accountable, nor whether the SIO qualifies as one.

procedures give an accused. This even raises the spectre of a s. 12 violation.¹¹⁴ Furthermore, there is no extraterritorial issue since the prior acts of the home country government (in having convicted the claimant) might be the determining factors in a decision made by the Canadian government affecting the claimant while she is on Canadian soil.

On a related note, what does «convicted» actually mean? In the recent decision of the Federal Court of Appeal in *M.E.I. v. Burgon*, Linden J.A. held that the term «convicted» (as used in section 19(1)(c) of the former *Act*) means «found guilty» after a plea of guilty or otherwise.¹¹⁵ Such a definition does not recognize the fact that threats of torture or punishment on family members are regularly used in many countries to secure guilty pleas. Large numbers of refugees flee their home countries to escape such governmental heavy-handedness. Yet, when they arrive in Canada, they may be denied a refugee hearing precisely due to criminal records stemming from this same heavy-handedness. Instead of minimizing the damaging consequences a prior criminal record might have, Bill C-86 amplifies them.

Moreover, what about the situation of an individual who has used false documents to escape the home country and come to Canada? In the area of immigration claimants from «safe» countries, the Federal Court has adopted the position that the use of false documents indicates an intention to be subversive in the host country.¹¹⁶ Technically, it also constitutes fraud, this being an offence under the *Criminal Code*¹¹⁷. If the same standard is applied to refugee claimants, many persons will be turned back simply because the only way for them to actually leave the home country was through falsified documents.

The provisions of section 19(1)(c.1)(i) are not absolute. There is one important element of discretion. The officer or adjudicator can let individuals with a prior criminal record have their claims determined if he feels that they:

114. A persuasive argument can be made that relying on potentially trumped up foreign convictions violates the Canadian sense of what is «fair, right and just» as set out in *Kindler*.

115. (1991), 122 N.R. 228.

116. *Re Shandi* (1992), 17 Imm.L.R. (2d) 54 at 62.

117. R.S.C. 1985, c. C-46, s. 380(1).

«have satisfied the Governor in Council that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the expiration of any sentence imposed for the offence or since the commission of the act or omission, as the case may be.»

Nevertheless, the provision is silent on some critical issues. For example, the SIO appears to have complete discretion whether to solicit the Governor in Council's opinion as to whether someone is «rehabilitated». Secondly, there is no publication of any criteria on what «rehabilitated» actually means so claimants are denied the chance to effectively prepare for this evaluation.¹¹⁸ With *Singh* as a precedent, the combined effect of these inadequacies infringes section 7.

The «prior criminal record» provisions affecting permanent residence claimants also contain a «five year waiting period and rehabilitation» exception to the general rule barring such claimants from Canada. Case-law in this area has held that the Governor in Council's decision in this matter must comport with the principles of fundamental justice, which mandate that he or she have available all the information necessary to make a rational and informed decision.¹¹⁹ This should include the oral evidence of the applicant provided at a hearing. Hopefully this standard will be read into s. 19(1)(c.1)(i) and its application to refugees. Yet, the overall procedure still remains inadequate if hearings are mandatory to settle the question of rehabilitation yet *not* to determine whether the prior criminal conviction was fairly obtained in the first place.

118. Furthermore, the *Act* does not allow for a «compassionate and humanitarian» appeal from the adjudicator's decision to deny refugee status due to a prior criminal record. S. 77(3) (S.C. 1991 c. I-2) provides such an appeal to family class/sponsorship permanent residence claimants whose applications are denied. The purpose of s. 77(3) is «...to relieve against the harshness and rigours of the letter of the law.»: *Crawford, supra*, note 112, at 21, *per* Vice-Chair Townshend. Absent such an appeal for denied refugee claimants, the *Act* is inconsistent with the pre-*Charter* decision of the Supreme Court in *Jimenez-Perez v. Canada*, in which it was held that immigration officials are under a duty to grant every applicant the opportunity to put forward the compassionate and humanitarian grounds in his or her case: [1984] 2 S.C.R. 565.

119. *Simpson v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 3 Imm.L.R.(2d) 20; *Tsang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* Imm. App. Bd., Doc. No. 83-6276.

S. 19(1)(c.1)(i) also touches on the *Charter* section 11 right to a fair proceeding. Although s. 11 only applies to «persons charged with an offence», if the section is given a liberal interpretation so as to cover a claimant awaiting the quasi-penal¹²⁰ decision of the SIO, the possibility that the *Act* violates s. 11 becomes apparent.¹²¹ More specifically, the «prior criminal record» provisions can be said to infringe the 11(g) right not to be found «guilty» of any offence unless it was an «offence under Canadian law» or «criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations.»¹²² If there are «procedural guarantees» within the terms «an offence under Canadian law» or «the general principles of law recognized by the community of nations», then rendering an unfavourable decision against a claimant in disregard of these procedural guarantees potentially violates section 11(g). Similarly, section 11(d)

120. See note 42.

121. Such an elasticity within s. 11 appears to have been in the minds of the drafters of the *Charter*. It certainly has existed in the minds of judges. In *Paruch v. Nova Scotia Nurses Union* (1991), 112 N.S.R. (2d) 100 at 108, Ryan L.J.S.C. allowed a complainant the use of s. 11(d) in an administrative law matter involving the alleged failure of a union to fulfil its duty of fair representation.

S. 11(d) mandates a «fair and public hearing» -- not just a fair trial -- leading to the conclusion that the s. 11 protections can apply to quasi-criminal and even administrative law contexts. There is little case-law in this area, though, and the Supreme Court has not given a meaning to «charged with an offence». However, in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500 at 519, La Forest J. held that he was of the view that any meaning given to «person charged with an offence» must be «constant throughout the section...one that harmonizes with the various paragraphs of the section.» Since there is jurisprudence that a person unfairly represented by her union is entitled to the use of s. 11(d) at a grievance hearing (and is thus a «person charged with an offence») there is no reason why all the provisions of s. 11 should not be made available to a refugee claimant.

Nevertheless, the case-law is not unanimous on this point. In *Tyler v. MNR* (1989), 89 D.T.C. 5044, it was held that s. 11 did not apply to the furnishing of tax information to the Ministry of National Revenue. Moreover, in *Brar v. Canada*, 30 F.T.R. 284 at 300, an intelligence/security review for refugee purposes was determined to fall under the ambit of s. 14, yet not that of s. 11.

122. A similar argument was rejected by the Federal Court of Appeal in *Wong v. M.E.I.* (1989), 97 N.R. 352, yet no supporting reasons were given. Further, this case involved a claim for permanent residence, not refugee status, and is thus of limited precedential value vis-à-vis the discussion at hand. What is relevant, however, is that the F.C.A. felt that the claimant's conviction for having stolen \$2.00 worth of food from a Hong Kong supermarket constituted a constitutional ground to deny her permanent residence claim. Bill C-86 stipulates that a refugee in the same position as Ms. Wong would be expelled to her home country.

mandates that every hearing must be «fair» and this certainly includes procedural guarantees. Public policy considerations require Canadian tribunals to adhere to strict fairness considerations with regards to the type of evidence that they can rely on. Determinations in the area of immigration matters with similar (or even more serious) effects to criminal determinations cannot be exempted from this norm.

These constitutional questions touch on important issues not only related to immigration matters, but also the response of the global community to crime more generally. As this response becomes increasingly international in focus, it is imperative that it be based on assurances that individuals be fairly and properly tried in their home countries before extradition or expulsion proceedings are triggered.

III. BEING PART OF AN «ORGANIZATION ENGAGED IN ESPIONAGE, SUBVERSION OR TERRORISM»

Any member of a group which engages in the subversion by force of the home government (even if fascistic) will not be granted admission to Canada. Section 19(1)(e) stipulates that no refugee determination hearing will be awarded to:

«persons who there are reasonable grounds to believe are members of an organization that there are reasonable grounds to believe

(A) will engage in acts of espionage or subversion against democratic governments, institutions or processes, as they are understood in Canada;

*(B) engage in or instigate the subversion by force of any government;
or*

(C) engage in terrorism.»

Although there is merit in the policy goal of keeping terrorists out of Canada, s. 19(1)(e) overshoots its mark. Its effect would be to bar many refugee claimants who had simply been politically active in their home countries. Many «liberation organizations» have violent factions. The African National Congress

or Sinn Fein are but two examples. However, it is unfair to infer that *every* individual associated with such an organization is somehow «dangerous». Yet the new amendments do precisely this. Any member of an organization that has engaged in terrorist activity, even if the member had nothing to do with it, shall be excluded from the Canadian refugee determination process. S. 19(1)(e) thus establishes an administrative requirement sufficiently unconnected to the actual issue (the merit of the claim) so as to run counter to the substantive component of fundamental justice.

Moreover, there is no provision for any sort of hearing in which the adjudicator or SIO could review the information or allow the claimant to respond to any allegations. Furthermore, the discretion of the decision-maker is absolute in this regard as the *Act* contains no specific criteria specifying what amount to «reasonable grounds» for a finding of membership in the organization or whether the organization engaged in terrorist activity in the first place. In practice, the determination of what organizations are to be classified as «terrorist» is to be effected by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS).¹²³ To this end, whereas the «safe third country» provisions violate the procedural guarantees of section 7 in part due to their rigidity, section 19(1)(e) infringes the *Charter* due to the unfettered discretion it accords the SIO, CSIS and the «adjudicator».

123. Hon. Doug Lewis, *Hansard*, 132:163 at 12536, June 22, 1992.

IV. JUSTIFICATION UNDER SECTION 1 OF THE *CHARTER*

Section 1 provides that *Charter* rights can be subject to limits deemed to be reasonable in a free and democratic society». The test to establish whether a statutory provision constitutes a «reasonable limit» was first delineated by former Chief Justice Dickson in *The Queen v. Oakes*.¹²⁴ A limitation to a constitutional guarantee will be sustained if two conditions are satisfied. Firstly, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Secondly, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable. In order to satisfy the second requirement, the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation, the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee, and there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right.

The determination of a «reasonable limit» is a highly contextual process.¹²⁵ The rigidity or even the application of the *Oakes* test also depends on which *Charter* right has been violated. For example, a review of *Charter* jurisprudence indicates that courts are often willing to perceive denials of section 15 as «reasonable limits». On the other hand, section 12 has been held to be an absolute right, a violation thereof thus not capable of being upheld under section 1.¹²⁶ An infringement of section 7 will also be difficult to uphold under s. 1.¹²⁷ In fact, no such infringement has ever been justified as a section 1 «reasonable limit». ¹²⁸ Since Bill C-86's most evident *Charter* violations are those of ss. 7 and 12, the contextual approach makes it more difficult to uphold the legislation under s. 1.

124. [1986] 1 S.C.R. 103.

125. *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, per Wilson J.

126. *Smith, supra*, note 44, at 105 per McIntyre J. and at 149 per LeDain J.

127. Wilson J. (concurring) in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933 at 1034: «It would be a rare provision which violate[s] the principles of fundamental justice and could nevertheless be justified under s. 1.» Consult also the decision of Sopinka J. in *Kindler, supra*, note 33, at 18.

128. P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 1992, Third Edition (Toronto: Carswell), para. 35.14(c), p. 886.

However, demonstrating the constitutionality of Bill C-86 may be facilitated by the recent *Chiarelli* decision, in which Mr. Justice Sopinka emphasized that immigration policy is replete with competing interests and suggested that curial deference be awarded to Parliament in this area. The «deferential approach» often arises when the courts are called upon to evaluate the contents of Canada's foreign policy, of which immigration law is a subset. In *Allard* and *Mellino*, La Forest J. emphasized that the courts should exercise extreme caution in interfering with the executive's pre-eminent position in matters of external relations.¹²⁹ The point was made that the executive has much greater expertise than the court in the area of foreign affairs.¹³⁰ However, is it not the courts that have both the expertise and the duty to ensure that *Charter* rights be respected? Furthermore, as stated by Dickson J. (as he then was) in *Operation Dismantle v. The Queen*, «...disputes of a foreign policy nature may be properly cognizable by the courts.»¹³¹

a) SAFE THIRD COUNTRY

The Ministry affirms two overarching objectives to the safe third country provisions: (1) to give effect to a co-ordinated interstate response to the refugee crisis so as to promote comity among nations¹³²; (2) to expedite and streamline the refugee determination process in order to cut down «abuse» and promote meritorious claims.

i) CO-ORDINATED INTERSTATE APPROACH

Even if the promotion of a co-ordinated interstate approach is a pressing and substantial concern, s. 46.01(1) does not pass the second tier of the *Oakes* test. The fact that s. 46.01(1) the *Act* is to be administered in so mechanical a way fails to minimally impair the rights of the refugee claimants as they have no

129. *The Republic of Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States of America v. Allard and Charette* (1987), 40 D.L.R. (4th) 102 at 110 (S.C.C.).

130. *Mellino*, *supra*, note 129, at 555-6.

131. [1985] 1 S.C.R. 441 at 459.

132. «It is fair to say that refugee determination is a world-wide problem. We need international co-operation to address the root causes of this mass migration», Doug Lewis, Solicitor General, *Hansard*, 132:163 at 12533, June 22, 1992.

opportunity to show whether the «safe third country» is actually safe for them. Without such an opportunity, refugees risk an arbitrary return to their home country. It is difficult to grasp how this could constitute a «reasonable» limit of a fundamental human right.

The violation of the ss. 7, 12 and 15 rights of refugee claimants could not be justified under the policy objective of «the promotion of comity among nations» since there is no rational connection between the stated objective of the statute and s. 46.01(1). For example, the implementation of the «safe third country» provision shall force the United States to hear even more refugee claims than it presently does. In the past, tens of thousands of claimants (especially from Latin America) used the U.S.A. as a springboard to file a claim in Canada. Since s. 46.01(1) eliminates this possibility for most refugees the number of refugee claimants in the United States shall increase. Such unilateral action on Canada's part could in fact disturb (and not promote) the political relationship between Canada and the U.S.A.

What if the «home country» refuses to accept the claimant in question? This individual will then become a «refugee in orbit» and no-one will adjudicate his claim. This does not help rationalize an international problem; if anything, it creates a new one. The Metro Toronto Host Program estimates that 60% of refugees arriving at Canada's borders pass through the United States or Western Europe.¹³³ These individuals will no longer be *ex facie* entitled to have their claims heard in Canada. Thus, instead of sharing the burden, Bill C-86 shifts more of Canada's responsibilities onto other nations, violating the *Geneva Convention's* affirmation that «states shall do everything within their power to prevent the refugee problem from becoming a cause of tension between states.»¹³⁴

Moreover, it is hardly a co-ordinated interstate approach to place the entire responsibility of accommodating refugees on the country most geographically proximate to them. Along with transportation contingencies, there are many other reasons why refugees might not want to seek asylum in the first

133. Statistics taken from a document published by the Metro Toronto Host Program in 1992 entitled *New Immigration Law Will Keep Refugees Out*.

134. 189 U.N.T.S. 137 (No. 2545).

country they flee to. Involuntary migrants seek family and communities who can provide both emotional as well as financial support as they attempt to stabilize their lives.¹³⁵ Poorer refugees -- often women -- will be the most affected by the exclusion provision.¹³⁶ By obliging such persons to definitively seek refugee status in the first «safe» country in which they arrive, section 46.01(1) might preclude them from joining the members of their families who have already relocated and settled down in a new home.

In response the Minister could suggest that refugees temporarily in «safe» countries who have family already in Canada would be able to have these family members sponsor them as «family class» immigrants.¹³⁷ Unfortunately, the protection offered to these persons by the «family sponsorship» sections of the *Immigration Act* is far from complete. There are several conditions precedent that, if left unsatisfied, serve as grounds for the Immigration Officer to deny the sponsorship application.¹³⁸ For example, the family members in Canada might not be able to undertake the required 5 year commitment to provide all necessary care and maintenance to the claimant. The nominee must also demonstrate that she will be able to «establish herself successfully» in Canada.¹³⁹ Only certain family members (spouse, parent, child, siblings, and in some cases more distant relatives) are eligible to sponsor, thereby disadvantaging certain claimants regardless of the urgency of their refugee situation.¹⁴⁰ On a broader scale, it is a non-solution to argue that the refugee determination system can be rolled back because refugees can always use the regular immigration procedures. The regular immigration provisions were not designed to deal with the special needs of refugees.

135. Thanks to Susan MacDonald, Faculty of Law, University of Toronto, for this insight as well as the point about the differential effects of Bill C-86 on women refugees.

136. The mechanical nature of the exclusionary provision will disproportionately exclude those unable to afford to come to Canada directly from their home country or those unable to prove to the Canadian government that they have the skills or education to support themselves as independent immigrants. Systemic discrimination in many refugee-producing countries has resulted in women having fewer monetary resources and less education than men.

137. Thanks to Lara Friedlander for this point.

138. Section 77(1) of the *Act*. Details of these conditions precedent are found in the Regulations.

139. It is unclear what this actually means in practice. Its use could in fact become arbitrary.

140. For example same-sex and common law couples, single persons, and refugees without blood relatives in Canada.

ii) **EXPEDITING AND STREAMLINING THE PROCESS**

The second legislative objective of Bill C-86's «safe third country» provision has two wrinkles to it: to ensure that the process set out by the Convention Refugee Determination Division is not abused and that genuine refugees in need of protection be quickly admitted on a cost-effective basis.¹⁴¹

Jack Shields, Parliamentary Secretary to the Minister of Employment and Immigration, sums up the government's position on the «abuse» issue:

«What we are trying to stop and what we are going to stop are the bogus claims that are made.»¹⁴²

For the purposes of s. 1, the burden of proof that the government must discharge is that there are sufficient numbers of «bogus» and «abusive» refugee claims so as to characterize the reduction of these claims as a concern of «pressing and substantial» importance. On numerous occasions during the committee stages of Bill C-86 the government was called upon to supply some evidence leading to such a finding. No convincing evidence was presented. To this end, this justification fails to pass the first stage of the *Oakes* test.¹⁴³

The second wrinkle involves time management and economics. The Ministry felt that continuing to administer hearings to all claimants would simply be too expensive given the recessionary nature of the Canadian economy. If the government seeks a justification for the safe third country provision in the realm of administrative efficiency and expediency, its attention must be drawn to the judgement of Wilson J. in *Singh*:

«The guarantees of the Charter would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative

141. Refugee Affairs Division, *Refugee Perspectives, 1987-88*, (Ottawa: The Division, 1988) at 36.

142. *Hansard*, 132:163 at 12507, June 22, 1992.

143. The *Oakes* test is summarized earlier in this essay in the text following note 124.

procedures which ignore the principles of fundamental justice, but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under s. 1.»¹⁴⁴

Even if administrative expediency constituted a «pressing and substantial» objective, the numbers of refugees arriving at Canada's borders are hardly large enough to warrant the drastic «weeding out» measures proposed by Bill C-86. Once again, the legislation fails the second tier of the *Oakes* test by overshooting its mark. In 1992, only 44,000 refugee claimants arrived at Canada's borders, 30,000 of these arriving through safe third countries. This is far lower than most European countries whose population densities are much higher than Canada's. According to the Metro Toronto Host Program, in 1991 Canada received 1.11 asylum seekers for every 1000 Canadians. This can be compared to 6.3 for Switzerland, 3.6 for Austria, 3.3 for Germany and 3.18 for Sweden.¹⁴⁵ Canada even receives fewer refugee claimants *per capita* than many developing countries. Yet Bill C-86 could reduce the number of refugee claimants allowed to present their claim in Canada by as much as 68%!¹⁴⁶ If any backlog has arisen within the refugee determination system, it seems unfair to eliminate the government's own prior inefficiency at the expense of fundamental justice for future claimants.

However, one legitimate goal within the domain of administrative expediency is the reduction of the review process for refugee claimants. At present, there is a lag of about 14 months between arrival in Canada and the final decision regarding the claim. The Ministry, through Bill C-86, seeks to reduce this to an average of 6 months. Nevertheless, this goal can be more effectively attained through means less intrusive than Bill C-86.¹⁴⁷

144. *Singh, supra*, note 6, 58 N.R. at 69. The same point was echoed by the Supreme Court in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443 at 472.

145. Statistics taken from a document published by the Metro Toronto Host Program in 1992 entitled *New Immigration Law Will Keep Refugees Out*.

146. Since 30,000 out of the 44,000 claimants arriving to Canada in 1992 «passed through» safe third countries and the new provisions could exclude almost all of them, a figure of 68% is arrived at.

147. The solution lies not in expelling large numbers of claimants as soon as they arrive. There are more constructive approaches. For example, an effort might be made to reducing certain steps in the permanent residence determination process, given that the consequences on the applicants are less severe. This could allow more Immigration Officers to sit on refugee

b) PRIOR CRIMINAL RECORD AND SUBVERSIVE ORGANIZATION

The objective of the «prior criminal record» and «subversion» provisions is the preservation of Canadian national security¹⁴⁸:

«We are not going to become as a country a safe haven for retired or active terrorists...the legislation is going to close the door on those individuals... [and] assist the RCMP and other police forces in their battle with organized crime.»¹⁴⁹

«[The former Immigration Act] put the very safety and security of Canadians at risk...we have to face the fact that the world of the 1990's is a world of increasingly sophisticated, internationally organized criminals and terrorists. New measures will strengthen the definition of criminal inadmissibility and allow us to keep out people...known to be part of a terrorist organization. They will give Immigration Officers the authority to refuse entry to anyone involved in [these] activities.»¹⁵⁰

However, section 19(1)(c.1)(i) is not rationally connected to this objective as no allowance is made to determine whether those claimants kept out of Canada have been fairly convicted (and hence whether they are actually «criminal»). The second tier of the *Oakes* test is thus not satisfied. Nor is the

cases, thus allowing for more hearings to take place at the same time. Another approach would be to reallocate judicial and administrative resources to Refugee Determination Boards and away from other public tribunals due to the heightened seriousness of the consequences of refugee decisions.

In *The Queen v. Chaulk* (1990), 62 C.C.C. (3d) 193, Lamer C.J.C. lessened the stringency of the «least restrictive means» test. He held at 221 that «when assessing the alternative means which were available to Parliament, it is important to consider whether a less intrusive means would achieve the same objective as effectively». The alternative means suggested to reduce the «waiting period», since they attain the legislative goal just as effectively, indicate that Bill C-86 does not satisfy even the less stringent s. 1 test found in *Chaulk*.

148. A hidden policy objective could be the keeping out of Canada of politically involved dissidents.

149. Hon. Doug Lewis, Solicitor General, *Hansard*, 132:163 at 12533, June 22, 1992.

150. Jack Shields, Parliamentary Secretary to the Minister of Employment and Immigration, *Hansard*, 132:163 at 12504-5, June 22, 1992.

effect of the legislation proportionate to its goal. The number of international criminals trying to enter Canada (as in the recent case of the Hong Kong triad members¹⁵¹) is simply not sufficient to require such a drastic measure. Moreover, even if the numbers were sufficient, legislative drafters cannot assume that foreign countries have fair judicial proceedings just so that Canadian immigration procedures can be expedited. It is imperative to keep in mind the words of Laskin J. (as he then was) in his 1973 judgement in *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks* :

«[The law of another country] cannot be controlling in relation to an inquiry about criminal convictions to determine whether immigration to Canada should be permitted.»¹⁵²

The same shortcoming affects s. 19(1)(e). Although it may be «demonstrably justifiable» to expel someone known to have personally engaged in terrorism, Bill C-86 overshoots its mark by excluding anyone simply believed to be part of an organization having engaged in CSIS's¹⁵³ definition of «subversive terrorism».

In conclusion, although immigration policy involves balancing the interests of the individual claimant and the state, these are not necessarily at odds with each other. Fair hearings in which claims are entitled to be properly presented maximizes fundamental justice for all refugees. Such a procedure allows the most meritorious claimants to enter Canada and not be excluded on the basis of connecting flights or unfair convictions. In the long run the state, too, benefits from this.

D. FILLING THE VOID

If s. 46.01(1), 19(1)(c.1)(i) and 19(1)(e) of the *Immigration Act* are struck down as unconstitutional, a void is created. Although the *Act* will continue to apply, it shall do so without any provisions governing the admissibi-

151. «Triad menace an iceberg, reports warn», *The Globe and Mail*, Wednesday, March 10, 1993, p. A1.

152. 36 D.L.R. (3d) 522 at 531.

153. Consult note 123.

lity of certain classes of refugee claimants that it had hitherto excluded. This may very well be the intention of the courts, as a situation is created in which persons arriving from «safe third countries» and with «prior convictions» are allowed to enter the refugee determination system, with the possibility that these factors operate to affect the actual merit based decision as to whether Canada should award them refugee asylum. However, a more constructive solution might take the form of judicial intervention so as to preserve the constitutionality of the impugned legislation.

There are two possible approaches. In *R. v. Seaboyer*¹⁵⁴, McLachlin J., after striking down s. 276 of the *Criminal Code*, replaced it with a set of judicially created guidelines she suggested would have to be incorporated into any future legislation on the subject of restrictions on the use of prior sexual history of complainants in sexual assault cases in order for these to sustain *Charter* scrutiny.

However, in other situations courts have gone even further and have actually «read in» terms to statutory provisions. In *Haig v. Canada*¹⁵⁵ the Ontario Court of Appeal inserted clauses into a statute in order to preserve its constitutionality. In fact, this approach has been sanctioned by the Supreme Court in its 1992 decision in *Schachter v. Canada*.¹⁵⁶ Although a highly efficient form of remedying constitutional wrongs, serious concerns can be raised with regard to how comfortable we may be with the judiciary acting as pseudo-legislatures. The Supreme Court was sensitive to this issue in *Schachter*. Lamer J. outlined a procedure to be followed should only part of a statute or provision violate the Constitution.¹⁵⁷ This procedure stipulates that the courts should only «read in» when such activity does not change the nature of the legislative scheme in question. In a difficult situation (as was the case in *Schachter* itself), the court should feel free to strike down the unconstitutional provision yet suspend the declaration of invalidity so as to give the government time to respond.

154. *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

155. (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

156. [1992] 2 S.C.R. 679 at 702.

157. *Id.*, at 717 to 719.

The «guidelines» or «reading in» approach might be particularly applicable in the case of Bill C-86 due to the fact that any potential *Charter* violations could be remedied through the insertion of procedural and other protections into the *Act*. For example, courts could «read in» a requirement to seek assurances from the «safe third country» as to the holding of a fair hearing. On a similar note, if rights to hearings, counsel, interpreters and appeals were included in both s. 46.01(1) and 19(1)(c.1)(i), then the requirements of fundamental justice under *Singh* and *Hofer* would be met. The introduction of a sensitive equivalency of procedures test might also inject fundamental justice into the «prior conviction» exclusion as well as eliminate the possibility that cruel and unusual punishment could result from returning a claimant to her place of origin due to a fraudulent conviction.

This judicial approach could guarantee refugee claimants *Charter* rights while at the same time enabling the government to pursue the legitimate policy goals behind the *Immigration Act*. These include the maintenance of international comity in the area of refugee law, cutting down the waiting period for refugee claims to be processed, and recognizing that a globally co-ordinated response to refugee claimants is preferable over an amalgam of disjointed national ones. However, if the effect of «reading in» would be to significantly change the nature of the refugee determination scheme beyond the intentions of the legislature, then the *Schachter* «suspended declaration of invalidity» might be a better way to proceed. This would empower Parliament to maintain the constitutionality of Bill C-86 through means it is comfortable with or even invoke its power under the notwithstanding clause.

E. CONCLUSION

The «safe third country» and «prior criminal record» amendments to the *Immigration Act* proposed by Bill C-86 appear to violate some of the *Charter's* cardinal principles. It is ironic that the *Act* parrots the guarantees of the *Geneva Convention* in matters of refugee determination yet circumvents these by keeping claimants outside of the refugee determination process in the first place.¹⁵⁸

158. Consult ss. 2, 3(g) and 53 of the *Immigration Act*, S.C. 1991, c. I-2.

Immigration law is rapidly becoming a central focus of public policy debate in Canada. Within this debate importance should be attributed to the fact that a balance must be maintained between any restructuring of Canada's immigration policies and the rights accorded refugees by the *Charter* and the *Geneva Convention*. In this sense, these rights documents can serve a pivotal role in helping governments develop legislative initiatives that are better tailored to their policy goals, thereby promoting both the individual as well as collective interests.

The same government (in fact, the same Minister, Bernard Valcourt) that passed Bill C-86 was persuaded in March 1993 to allow «violence against women» to be a reason supporting a claim of refugee status in Canada.¹⁵⁹ This shows the potential effect of public lobbying. In a similar spirit, political pressure or legal challenges could help rework s. 46.01(1) and s. 19(1)(c.1)(i) and thus ensure that Canada's integrity in the area of refugee policy be maintained.

159. «Domestic abuse accepted for refugee status», *Globe and Mail*, Wednesday, March 10, 1993, p. A1.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CROWNING GLORY : LIABILITY IN NEGLIGENCE OF PUBLIC
AUTHORITIES REVISITED

Auteur(s) : Peter BOWAL, Lynn BOLAND

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 2

Pages : 435-459

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13376>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13376>

Page vide laissée intentionnellement.

CROWNING GLORY : LIABILITY IN NEGLIGENCE OF PUBLIC AUTHORITIES REVISITED

by Peter BOWAL*
Lynn BOLAND**

Cet article retrace les développements du droit qui ont permis qu'un recours pour négligence puisse être intenté contre la Couronne. La décision de la Chambre des Lords dans l'affaire Anns a laissé aux canadiens un héritage durable. Elle oblige à distinguer selon que la sphère de gouvernement en question est politique (non sujette à révision) ou fonctionnelle (révisable). Mais ce modèle est néanmoins peu pratique et ne comprend aucun critère d'application uniforme. La Cour Suprême du Canada eut récemment l'occasion, dans l'affaire Brown puis l'affaire Swinamer, d'établir une approche plus efficace au problème de la responsabilité des autorités publiques pour négligence, mais s'est abstenue de le faire. Les auteurs suggèrent que ces deux affaires ne font que confirmer la politique judiciaire canadienne actuelle de respecter la voie tracée par l'affaire Anns, et ce malgré ses faiblesses inhérentes et les incertitudes qui en découlent.

This article traces the development of the law which gradually permitted negligence actions to be brought against the Crown. The House of Lords decision in Anns has had a durable legacy in Canada. It calls for characterizing the sphere of government activity in question as either political (not reviewable) or operational (reviewable). The model is, nevertheless, unwieldy and lacks standards for predictable application. The Supreme Court of Canada had occasion recently in the cases of Brown and Swinamer to craft a more effective approach to the issue of negligence liability for public authorities, but failed to do so. The authors submit that these two cases merely affirm Canadian judicial policy to stay the Anns course for now, notwithstanding the attendant weaknesses and uncertainties of it.

*. Associate Professor, Faculty of Management, University of Calgary.

**. MBA Candidate, Faculty of Management, University of Calgary.

TABLE OF CONTENTS

I.	INTRODUCTION	437
II.	BACKGROUND TO THE DOCTRINE	438
III.	RECENT CANADIAN APPLICATIONS OF ANNS	442
IV.	<i>BROWN v. BRITISH COLUMBIA</i>	446
V.	<i>SWINAMER v. NOVA SCOTIA</i>	448
VI.	ANALYSIS AND CONCLUSION	453

*Better that an individual should suffer an injury
than that the public should suffer an
inconvenience.*

*Russell v. The Mayor of Devon*¹

I. INTRODUCTION

The Supreme Court of Canada recently issued contemporaneous judgments in two cases involving claims of negligence on the part of public authorities. The court again applied the «policy» versus «operations» decision-making model to determine liability. These principles, originally laid out in *Anns v. Merton London Borough Council*², were relied upon in decisions such as *Barratt v. North Vancouver*³, *City of Kamloops v. Nielsen*⁴ and were more recently expounded upon in *Just v. British Columbia*⁵. These two new cases, *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation)*⁶ and *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*⁷, are important in how they demonstrate the court's steadfast adherence to this approach to negligence of public authorities.

-
1. (1788), 1 T.R. 673, per Justice Ashhurst.
 2. [1978] A.C. 728, [1977] 2 All E.R. 492 [hereinafter *Anns*].
 3. [1980] 2 S.C.R. 418, (1980), 114 D.L.R. (3d) 577, 14 C.C.L.T. 169, 13 M.P.L.R. 116, 8 M.V.R. 294, 27 B.C.L.R. 182, 33 N.R. 293, 5 A.C.W.S. (2d) 259 [hereinafter *Barratt*].
 4. [1984] 2 S.C.R. 2, (1984), 10 D.L.R. (4th) 641, 29 C.C.L.T. 97, 26 M.P.L.R. 81, [1984] 5 W.W.R. 1, 66 B.C.L.R. 273, 54 N.R. 1, 26 A.C.W.S. (2d) 453 [hereinafter *Kamloops*].
 5. [1989] 2 S.C.R. 1228, 103 N.R. 1, 64 D.L.R. (4th) 689, 41 Admin. L.R. 161, 1 C.C.L.T. (2d) 1, [1989] I.L.R. ¶93,042, 18 M.V.R. (2d) 1, [1990] 1 W.W.R. 385, 41 B.C.L.R. (2d) 350, 18 A.C.W.S. (3d) 527 [hereinafter *Just*] (cited to S.C.R.).
 6. [1994] 1 S.C.R. 420, (1994), 112 D.L.R. (4th) 1, [1994] 4 W.W.R. 194, 89 B.C.L.R. 1, 46 A.C.W.S. (3d) 797 [hereinafter *Brown*] (cited to D.L.R.).
 7. [1994] 1 S.C.R. 445, (1994), 163 N.R. 291, 112 D.L.R. (4th) 18, 46 A.C.W.S. (3d) 798 [hereinafter *Swinamer*] (cited to D.L.R.).

II. BACKGROUND TO THE DOCTRINE

The question of the liability of public authorities for their decisions and actions has its roots in the principles of Crown immunity. While it had long been held that the Crown was immune from tortious claims, there has been a gradual erosion of this immunity such that the Crown is increasingly liable for its actions⁸.

The Canadian *Crown Liability Act*⁹ was passed in 1951 following the enactment of the United Kingdom statute four years earlier which had provided for general tortious liability of the Crown. Until that time, the Crown suffered no legal liability¹⁰. However, public dissatisfaction with an inability to find anyone liable to plaintiffs who had endured injury at the hands of the Crown incited reform. In Canada between 1951 and 1974 nine of the provincial

8. For an overview of the evolution of liability of public authorities, see : L.A. REYNOLDS and D.A. HICKS, «New Directions for the Civil Liability of Public Authorities in Canada», (1992) 71 *Can. Bar Rev.* 1, and Paul M. PERELL, «Negligence Claims Against Public Authorities», (1994) 16 *Advocates' Q.* 48.

9. Now the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C 1985, c. C-50, as amended by S.C. 1990, c. 8.

10. *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent* [1941] A.C. 74, [1940] 4 All E.R. 527 (H.L.). The plaintiffs' land was damaged as a result of flooding created by high spring tides and strong winds. The municipality undertook to repair the river bank by the authority granted in the *Land Drainage Act, 1930* which included [at 529] «...the power to repair any existing watercourse or drainage work». In setting out the facts of the case, the House of Lords agreed with the lower courts [at 530] : «...that the methods adopted and the staff employed in trying to repair the damage to the wall with which we are concerned in this case were so inefficient that, whereas the gap could, by the exercise of reasonable skill, have been closed and the flooding arresting in 14 days, this result was not in fact attained till after the lapse of 164 days.»

Despite the official incompetence, however, the Board's conduct was held to be within the limits of statutory discretion. The House of Lords found that a municipality was immune when it had a discretionary authority to act provided by statute - even when there was a failure to act. Liability could only be founded where the municipal body acted out of a statutory duty. Accordingly, the plaintiffs' claim for damages was dismissed. Viscount Simon L.C. in the majority decision refers to the dissent of du Parc L.J. from the Court of Appeal [at 532 and 544] : «du Parc, L.J., in his dissenting judgment, points out that, when Parliament has left it to a public authority to decide which of its powers it shall exercise, and when and to what extent it shall exercise them, this may raise [p. 184] : ...a question involving the consideration of matters of policy and sometimes the striking of a just balance between the rival claims of efficiency and thrift.»

jurisdictions¹¹ passed legislation based on the British model. The changes typically stated that the Crown would be liable in tort as if it were «...a private person of full age and capacity»¹². Even today, actionable negligence of the Crown continues to represent an important public policy. The Ontario Law Reform Commission has said that¹³ :

«... the most important head of tortious liability of the Crown, and ordinary negligence principles apply to the Crown as to any other person.»

The origins of the policy and operations distinction for Crown liability is found in forty year old American jurisprudence which sought to only partially, and rationally, open the door to suits of negligence against the state. The United States Supreme Court in *Dalehite v. United States*¹⁴ found that the «planning» decision to export dangerous fertilizer did not give rise to liability for the subsequent port explosion. The court stated it this way¹⁵ :

«In short, the alleged "negligence" does not subject the Government to liability. The decisions held culpable were all responsibly made at a planning rather than operational level and involved considerations

-
11. Quebec resisted the reform occurring throughout Canada because of its view that liability existed at common law by virtue of *The King v. Cliche* [1935] S.C.R. 561. Moreover, Article 1011 of the *Code of Civil Procedure* provided that «any person having a claim to exercise against the Government of this Province...[could] address a petition of right to Her Majesty».
 12. See : **Alberta** : *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.A. 1980, c. P-18; **British Columbia** : *Crown Proceedings Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86; **Manitoba** : *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.M. 1987, c. P-140; **New Brunswick** : *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-18; **Newfoundland** : *Proceedings Against the Crown Act*, S.N. 1973, c. 59; **Nova Scotia** : *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360; **Ontario** : *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1980, c. 393; **Prince Edward Island** : *Crown Proceedings Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-32; **Saskatchewan** : *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.S. 1978, c. P-27.
 13. The Ontario Law Reform Commission, **Report on The Liability of the Crown** (1989) at p. 12.
 14. 346 U.S. 15 (1953). The terminology used was «planning» versus «policy», but the meaning is the same. See, the Ontario Law Reform Commission, *ibid* : However, the liability of the Crown in negligence is limited by a distinction drawn by the courts between the planning level of government and the operational level of government.
 15. *Ibid.*, at 42.

*more or less important to the practicability of the Government's
fertilizer program.»*

Similarly, *Indian Towing Co. v. United States*¹⁶ adopted the distinction. In that case the owners of a tug and barge, which had run aground due to a burnt out warning light in the lighthouse, alleged negligence on the part of the Coast Guard. The Supreme Court held that¹⁷ :

«The Coast Guard need not undertake the lighthouse service. But once it exercised its discretion to operate a light on Chandeleur Island and engendered reliance on the guidance afforded by the light, it was obligated to use due care to make certain that the light was kept in good working order; and, if the light did become extinguished, then the Coast guard was further obligated to use due care to discover this fact and to repair the light or give warning that it was not functioning. If the Coast Guard failed in its duty and damage was thereby caused to petitioners, the United States is liable...»

The Coast Guard had failed in the operational aspect of its duties to inspect the lighthouse and was liable to the owner of the ship who had suffered financial loss.

The arrival of this approach on Canadian shores began with *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corp. of Greater Winnipeg*¹⁸, in which the Supreme Court of Canada ruled that even where a municipality acts incorrectly, the exercise of that discretion at the policy level renders it immune and not subject to any private law duty of care. In that case, a municipal corporation revoked a building permit because it had itself failed to advise opponents to the development project of the re-zoning of the affected property. The developer brought suit against the municipality for damages for negligence. Laskin J., as he then was, held that where a municipality errs while exercising its «legislative capacity» or its «quasi-judicial duty», it is immune from civil liability, even

16. (1955) 350 U.S. 61, 76 S. Ct. 122 (cited to U.S.).

17. *Ibid.*, at 69.

18. [1971] S.C.R. 957, [1972] 3 W.W.R. 433, 22 D.L.R. (3d) 470.

though it acts improperly. No duty of care is owed in such circumstances¹⁹.

This principle was entrenched with the House of Lords decision in *Anns*. There the plaintiffs were lessees of a building which showed signs of structural damage when the walls started to crack and the floors began to slope. They asserted that the building had been built on foundations that were not in accordance with the plans which had been deposited with the Council as required by the by-laws. These foundations were only to a depth of two feet six inches, instead of three feet or deeper as shown on the plans. The plaintiffs alleged that the municipality was liable for the damage because the building inspector had either carried out the inspection negligently or was negligent if no inspection had taken place.

Lord Wilberforce, for the majority, mused that there ought to be a distinction between «operational» areas and «policy» areas and that it was only the latter which should provide immunity for public authorities from claims of negligence. In order to establish if a duty of care was owed, two questions were presented²⁰ :

«First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage, there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter - in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise...»

Lord Wilberforce concluded²¹ :

«... (3) that the council would not be guilty of a breach of duty in not

19. «Legislative» or «quasi-judicial» came to mean «policy» decisions : P. HOGG, **Liability of the Crown**, 2nd ed., Toronto, Carswell, 1989, at 124.

20. *Ibid.*, at 968-70 (S.C.R.), 751-752 (A.C.), 498 (All E.R.).

21. *Ibid.*, at 505-06 (All E.R.).

carrying out inspection of the foundations of the block unless it were shown (a) not properly to have exercised its discretion as to the making of inspections, and (b) to have failed to exercise reasonable care in its acts or omissions to secure that the byelaws' application to the foundations of the block were complied with; (4) that the council would be liable to the plaintiffs for breach of duty if it were proved that its inspector having assumed the duty of inspecting the foundations, and acting otherwise than in the bona fide exercise of any discretion under the Act, did not exercise reasonable care to ensure that the byelaws applicable to the foundations were complied with...»

The court dismissed the appeal. The council had owed a private duty of care.

III. RECENT CANADIAN APPLICATIONS OF ANNS

Throughout the 1980's, cases such as *Barratt*²², *Kamloops*²³ and *Laurentide Motels v. City of Beauport*²⁴ were faithful to *Anns* when determining the liability of public authorities. By 1989, the decision rendered in *Just*²⁵ attempted a development in this area of the law, but one might ask how, if at all, the law was clarified by it.

In *Just*, the plaintiff and his daughter were driving on the highway to Whistler Mountain in British Columbia for a day of skiing in January, 1982. A

22. *Supra*, note 3.

23. *Supra*, note 4. Wilson J. applied the principle in *Anns* to the facts in *Kamloops* at 664 : ...it is fair to say that the City of Kamloops had a statutory power to regulate construction by-law. It did not have to do so. It was in its discretion whether to do so or not. It was, in other words, a «policy» decision. However, not only did it make the policy decision in favour of regulating construction by-law, it also imposed on the city's building inspector a duty to enforce the provisions of the by-law. This would be Lord Wilberforce's «operational» duty.

The Court concluded that the operational level of the decision regarding enforcement established a duty of care to the homeowners. Further, the municipality was liable for negligence because its failure to enforce the by-law did not stem from a policy decision given that no policy decision had been made.

24. [1989] 1 S.C.R. 705, (1989), 94 N.R. 1, 45 M.P.L.R. 1, [1990] I.L.R. ¶93,049, 23 Q.A.C. 1, 15 A.C.W.S. (3d) 95.

25. *Supra*, note 5.

large boulder tumbled from the wooded slope above the highway onto their vehicle. The plaintiff was severely injured and his daughter was killed. The plaintiff alleged negligence on the part of the government for failing to properly maintain the highway. The trial judge found that the system of inspection and the manner in which it was carried out was in the «policy» sphere and thus not a matter for judicial review. The British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal.

In considering the matter, Cory J. turned to the two step test outlined in *Anns* by Lord Wilberforce. Speaking for the majority²⁶ he stated²⁷ :

«Even with the duty of care established, it is necessary to explore two aspects in order to determine whether liability may be imposed upon the respondent. First, the applicable legislation must be reviewed to see if it imposes any obligation upon the respondent to maintain its highways or, alternatively, if it provides an exemption from liability for failure to so maintain them. Secondly, it must be determined whether the province is exempted from liability on the grounds that the system of inspections, including their quantity and quality, constituted a "policy" decision of a government agency and was thus exempt from liability.»

While acknowledging that the line between «policy» and «operational» decisions was difficult to determine, the court said that it was essential that it was done. Justice Mason of the Australian High Court provided guidelines in *Sutherland Shire Council v. Heyman*²⁸ which Cory J. found «to be most helpful»²⁹ :

«...the dividing line between them [policy and operational factors] will be observed if we recognize that a public authority is under no duty of care in relation to decisions which involve or are dictated by financial, economic, social or political factors or constraints. Thus

26. Dickson C.J.C. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, JJ. concurred. Sopinka J. dissented.

27. *Supra*, note 5, at 1236.

28. (1985), 60 A.L.R. 1., (1985) 157 C.L.R. 424.

29. *Supra*, note 5 at 1242.

budgetary allocations and the constraints which they entail in terms of allocation of resources cannot be made the subject of a duty of care.» (original emphasis)

Notwithstanding a greater invitation to see government action as subject to the call on public resources and political vagaries, Cory J. refused to see this action in *Just* as policy³⁰ :

«... the public authorities had settled on a plan which called upon it to inspect all slopes visually and then conduct further inspections of those slopes where the taking of additional safety measures was warranted. Those matters are all part and parcel of what Mason J. described as "the product of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of care." They were not decisions that could be designated as policy decisions.»

As such, the system of highway inspection was found to be in the operational sphere and, accordingly, it was held that a private law duty of care resulted. Not only was the system of inspection required to be reasonable but there was an onus for reasonableness in the manner in which the inspections were carried out. The case was remitted for trial on the negligence issues³¹.

By contrast, Sopinka J. agreed with the lower courts. He said³² :

«... In my opinion, the conclusion of the trial judge (1985), 64 B.C.L.R. 349, and a unanimous Court of Appeal (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223, was the correct one. This conclusion is expressed by Hinkson J.A., speaking for the court affirming the following passage from the reasons of McLachlin J. (now of this Court) :

30. *Ibid.*, at 1246.

31. At 1246 : At trial the conclusion was reached that the number and frequency of inspections, of scaling and other remedial measures were matters of policy; as a result no findings of fact were made on the issues bearing on the standard of care. Since the matter was one of operation the respondent was not immune from suit and the negligence issue had to be canvassed in its entirety. The appellant was therefore entitled to a finding of fact on these questions and a new trial should be directed to accomplish this.

32. *Ibid.*, at 1247-48.

...I conclude that the decisions here complained of fall within the area of policy and cannot be reviewed by this court. The number and quality of inspections as well as the frequency of scaling and other remedial measures were matters of planning and policy involving the utility of scarce resources and the balancing of needs and priorities throughout the province. Decisions of that nature are for the government authorities, not the courts³³.»

The judicial split in *Just* and the roles of shifting political will and budgetary imperatives demonstrate the overall uncertainty, if not precariousness, of this approach.

IV. **BROWN v. BRITISH COLUMBIA**

In *Brown*, the plaintiff was injured early in November, 1985 on a Friday morning when he lost control of the vehicle he was driving on a patch of black ice on the highway and went over an embankment. The Department of Highways was still on its summer schedule which³⁴ :

33. Sopinka J. at 1251-52 also found support in earlier decisions : The extent of the liability of a municipality in British Columbia was settled by *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418. While a municipality has the authority to maintain highways, it has no duty to do so. What it does in this respect is within its statutory discretion.

...

My colleague's reasons are based essentially on an attack on the policy of the respondent with respect to the extent and manner of the inspection program. In my opinion, absent evidence that a policy was adopted for some ulterior motive and not for a municipal purpose, it is not open to a litigant to attack it, nor is it appropriate for a court to pass upon it. As stated by Lord du Parc in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board* [1940] 1 K.B. 319, at p. 338 :

...it must be remembered that when Parliament has left it to a public authority to decide which of its powers it shall exercise, and when and to what extent it shall exercise them, there would be some inconvenience in submitting to the subsequent decision of a jury, or judge of fact, the question whether the authority had acted reasonably, a question involving the consideration of matters of policy and sometimes the striking of a just balance between the rival claims of efficiency and thrift.

This statement was approved by Lord Wilberforce in *Anns*...

34. *Supra*, note 6, at 6.

«...was operated by four men working for one long shift from 7 :00 a.m. to 4 :20 p.m. from Monday through Thursday. There was as well a call-out system for emergencies which might occur during the remainder of the week.»

Brown alleged that the accident and resultant injuries were the result of negligence on the part of the Department of Highways in how it scheduled the sanding crew as well as the manner in which the sanding was carried out under that schedule³⁵. The trial judge found that the system of dispatch was a policy matter as was the maintenance of the road «which excluded any duty of care with respect to the injury received by Mr. Brown»³⁶.

The British Columbia Court of Appeal found that it had not been established at trial that there had been any failure on the part of the employees or if there was one that it was a contributing cause of the accident. The court held that the decisions about staffing were not proved to be irrational nor was it shown that the Crown and its employees failed to meet the standard of care imposed upon it³⁷.

To determine if a duty of care existed, the court examined the applicable legislation and found that there was no statutory exemption from liability contained within the *Highway Act*³⁸, nor section 8 of the *Occupiers Liability Act*³⁹, nor section 3(2)(f) of the *Crown Proceeding Act*⁴⁰. Finding that there was no exemption, Cory J., for the majority⁴¹, then turned to the policy versus

35. *Ibid.*, at p. 7. The Trial Division had two allegations of negligence on the part of the Crown placed before it : ...failing to respond in a timely fashion to the reports of icy conditions and to remedy them, ...(and) failing to maintain the section of the road where the accident occurred so that ice would not form on it.

36. (1989), 17 M.V.R. (2d) 69.

37. (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 232, [1992] 3 W.W.R. 629, 10 C.C.L.T. (2d) 188, 37 M.V.R. (2d) 70, 10 B.C.A.C. 303, 21 W.A.C. 303.

38. R.S.B.C. 1979, c. 167.

39. R.S.B.C. 1979, c. 303.

40. R.S.B.C. 1979, c. 86.

41. Gonthier, Iacobucci and Major JJ., concurring. Actually, all seven judges agreed on the result. La Forest and McLachlin JJ. agreed with Cory J.'s reasons, «Subject to the comments expressed in *Swinamer*». Sopinka J. came to the same conclusion as Cory J. but for different reasons.

operations issue in the system of schedules for the sanding crew⁴², and adopted the following dictum from *Just*⁴³ :

«True policy decisions involve social, political and economic factors. In such decisions, the authority attempts to strike a balance between efficiency and thrift, in the context of planning and predetermining the boundaries of its undertakings and of their actual performance. True policy decisions will usually be dictated by financial, economic, social and political factors or constraints.

The operational area is concerned with the practical implementation of the formulated policies, it mainly covers the performance or carrying out of a policy. Operational decisions will usually be made on the basis of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness.»

Cory, J. viewed the decision of the department to maintain a summer schedule for the duration that it did, as one of policy⁴⁴ :

«... involving classic policy considerations of financial resources, personnel and significant negotiations with government unions. It was truly a governmental decision involving social, political and economic factors.»

Such a decision is not reviewable by the courts. Neither was there an allegation that the decision was not *bona fide* or outside of the area of a proper exercise of discretion; the court, therefore, was not required to turn its attention to those matters. Additionally, the allegations of negligence in the manner of the call-out system did not prove to be material to the matter at hand. Accordingly, the appeal was dismissed.

Justice Sopinka, in a judgment that agreed with the disposition favoured

42. *Supra*, note 6, at 15. The court noticed that there had been no allegation «... that the decision was not made in good faith or that it was patently unreasonable. There was therefore no need to consider these questions.»

43. *Ibid.*, at pp. 15-16.

44. *Ibid.*, at 16.

by the other judges, did not concur in the approach taken. As he observed in *Barratt*, in *Brown* there is no statutory duty to maintain the highways, only the power to do so. Justice Sopinka also took issue with the reliance on the policy versus operational spheres in the determination of a duty of care. In support of this position he referred to the growing body of academic literature⁴⁵ which is critical of the «policy/operational» line of reasoning as the basis of determining liability for public authorities.

V. *SWINAMER v. NOVA SCOTIA*

In *Swinamer*, the plaintiff was also involved in an accident while driving his vehicle. In this instance however, a tree from private property adjacent to the roadway fell on his truck. He was severely injured. He alleged that the Transportation Department was negligent in its duty to take reasonable steps to maintain the highway in such a manner so as to prevent accidents. The Department's responsibilities were described as follows⁴⁶ :

«As part of the ordinary maintenance activities of the Department, fallen trees and branches were removed usually after storms. The Department as well, removed trees which had been identified as hazards either by the members of the public or Department personnel. These were invariably obviously dead trees, with branches that could fall on the highway.»

In 1983, in response to complaints from the public about dead trees along the side of the roads, the engineer responsible for this roadway conducted a study of the damaged trees in the area. His intent was to quantify the problem in order to secure sufficient budgetary funds to address the issue as he did not

45. See D. COHEN and J.C. SMITH, «Entitlement and the Body Politic : Rethinking Negligence in Public Law» (1986) 64 *Can. Bar Rev.* 1; M.K. WOODALL, «Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation» (1992) 37 *McGill L.J.* 83; J.A. SMILLIE, «Liability of Public Authorities for Negligence» (1985) 23 *U.W.O.L. Rev.* 213; S.H. BAILEY and M.J. BOWMAN, «The Policy/Operational Dichotomy -- A Cuckoo in the Nest», [1986] *Cambridge L.J.* 430; L.N. KLAR, «The Supreme Court of Canada : Extending the Tort Liability of Public Authorities» (1990) 28 *Alta. L.Rev.* 648; P.M. PERELL, «Negligence Claims against Public Authorities» (1994) 16 *Advocates' Q.* 48.

46. *Supra*, note 7, at 22.

have the necessary funds to remove all of the trees at the time.

At trial, the Department was found liable, based on its negligence in conducting the inspection of the trees⁴⁷. The Nova Scotia Court of Appeal⁴⁸ reversed the lower court's decision and dismissed the claim for the following reasons⁴⁹ :

- «(1) *there is no statutory duty requiring the Minister to maintain provincial highways;*
- (2) *there is no liability imposed on an abutting owner for a nuisance on an adjoining property;*
- (3) *there is no statutory power to enter onto lands abutting the highway to inspect or remove trees;*
- (4) *any duty at common law to repair highways does not extend to adjoining lands;*
- (5) *even assuming a duty to remove dangerous trees from lands abutting a highway, there was no evidence that the tree in question constituted a danger prior to the accident;*
- (6) *the finding by the trial judge that there was a policy to inspect and remove diseased trees from adjoining lands which was the key to his decision, was not supported by the evidence.»*

The Supreme Court of Canada, in reviewing the legislation for an exemption from liability, noted section 5 of the *Public Highways Act*⁵⁰ :

«5. The Minister may construct or maintain any highway, or may on behalf of Her Majesty in right of the Province enter into contract or agreements for such construction or maintenance, but nothing in this Act compels or obliges the Minister to construct or maintain any

47. (1991), 101 N.S.R. (2d) 333, 275 A.P.R. 333, 6 C.C.L.T. (2d) 270.

48. (1992), 108 N.S.R. (2d) 254, 294 A.P.R. 254, 10 C.C.L.T. (2d) 207, 35 M.V.R. (2d) 191.

49. *Ibid.*, at 265 (N.S.R.).

50. R.S.N.S. 1989, c. 371.

highway or to expend money on any highway.» (emphasis added)

The court opined that the emphasized wording was not specific enough to either provide immunity or preclude liability. It turned to *Anns* for reference to the significance of public duty once a statutory power had been exercised⁵¹.

*«The author observes⁵²...that prior to Anns ... , public authorities "were excused because their statutory **power** did not create a legal **duty** to come to the plaintiff's assistance". This concept was successfully challenged in Anns for although "the defendant was under no public duty, ... the statutory power conferred on it for the health and safety of the public engendered a private duty, once having decided to exercise that power, to carry it out with due care."»*
(original emphasis)

The court also dealt with issues raised by the respondent relating to the differences between the Nova Scotia and British Columbia statutes, the latter which the respondent asserted protected the Crown against liability. He argued that the Nova Scotia legislation «... provides that the province is only liable for a tort committed by its officers or agents, if that tortious act of the servant or agent would, in itself, have given rise to a cause of action»⁵³. The British Columbia legislation, (the jurisdiction in which *Just* was decided), provides that the Crown is liable to the same extent as a person of full age and capacity without restriction or limitation to tort liability. Cory J. dismissed this argument⁵⁴ :

«Obviously the Crown can only be liable as a result of the tortious acts committed by its servants or agents since it can only act through its servants or agents. Let us assume, for the purposes of resolving this issue, that the actions complained of by the appellant were indeed negligent. That is to say the failure of the Crown to rely on trained personnel to inspect the trees and the failure of those persons or this personnel to identify the tree in question as a hazard constituted

51. *Supra*, note 7, at 27.

52. J.G. FLEMING, *The Law of Torts*, 8th ed., Sydney, Law Book Co., 1992 at 155.

53. *Supra*, note 7, at 28.

54. *Ibid.*

negligence. Yet those very actions or failure to act were those of the Crown's servants undertaken in the course of the performance of their work. If those were indeed acts of negligence then the Crown would be liable. The arguments of the Crown are regressive and to accept them would severely restrict the ability of injured persons to claim against the Crown.»

The court then turned its attention to the respondent's claim that the Department of Transportation had no authority to enter the lands adjoining the highway to remedy a dangerous situation. This proposition was also rejected⁵⁵.

Having examined the issue of the duty of care through the statutory provisions, and dealt with the respondent's arguments, the court proceeded to the crucial issue of the nature of the decision - policy versus operational. In contrast to the facts in *Just* where a policy existed to inspect the rock slopes for potentially dangerous rocks, the matter before the Supreme Court within *Swinamer* contained no such «policy» to inspect for dangerous trees. A survey had been undertaken to identify potentially dangerous trees in order that the extent of the problem might be known and funds applied for to deal with the issue, but this did not yet represent a policy. Cory J. noted⁵⁶ :

«The trial judge, in his reasons, reviewed the Department's decision to conduct a survey with the object of ascertaining whether it constituted a policy decision which would exempt the respondent from the duty to remove the tree which caused the accident. This is not the correct approach. The enquiry should not be aimed at determining whether a policy decision has been made which specifically exempts a governmental authority from tort liability. Rather, it should be directed at determining what decisions constituted policy and were thus exempt from tort liability and what decisions or actions were

55. Cory J. relied on section 4 of the *Public Highways Act* which states : 4. The Minister has the supervision, management and control of the highways and of all matters relating thereto. The judge said that this gave the Minister broad powers with respect to the highways and went on to say, at 29 : It is rather bizarre to think that the Department of Transportation could leave a very old, very large dead tree leaning precariously over the highway without taking steps to remedy the situation, simply because it was located just outside the highway right-of-way.

56. *Ibid.*, at 30.

operational and thus could, if negligent, attract liability.»

The court found that the survey represented a «preliminary step in the policy making process». Further evidence by the engineer as to the allocation of funds to possibly deal with the matter reinforced the finding that this was a policy matter and therefore outside the scope of review by the courts.

A final issue pertained to the question of negligence in the actions of the Department insofar as the conduct of the survey. On balance the court found no negligence «demonstrated in the operational aspects of carrying out the policy decision»⁵⁷.

Cory J. stated, for the majority, that the court could not agree with the first four conclusions of the Court of Appeal. However, as in the *Brown* decision, the Supreme Court dismissed the action on the basis of a finding of a policy decision which the court held to be outside of its jurisdiction to review. Also similar to the *Brown* case, the allegations of negligence (in the manner of the survey of dead trees or trees that represented a hazard) were not supported by the court's review of the facts. Accordingly, the appeal was dismissed⁵⁸.

VI. ANALYSIS AND CONCLUSION

The early law on negligence liability of public authorities was set out in *East Suffolk*, which was decided prior to the enactment of the *Crown Proceedings Act* in the United Kingdom. There it was held that public

57. *Ibid.*, at 32.

58. Madame Justice McLachlin agreed with the conclusion of Cory J. but, like Sopinka J. in *Brown*, found an alternative basis for her decision. Having participated on the Court of Appeal in *Brown*, she was not a part of the Supreme Court of Canada considering that case, but one could divine her perspective. She would have gone further in *Swinamer*. From her reading of *Anns*, McLachlin J. found that a policy decision to do something and then exercised at the operational level in a negligent manner gives rise to a private law duty of care. In the case at hand, a policy decision to do something has not been made therefore there is no corresponding duty. *Barratt* is also authority for this approach. In that case, Martland J., at 585, was of the view : ... that the determination of the method by which the Municipality decided to exercise its power to maintain the highway, including its inspection system, was a matter of policy or planning, and that, absent negligence in the actual operational performance of that plan, the appellant's claim fails.

authorities had absolute immunity from civil liability for discretionary decisions. The *Anns* decision represented a radical departure from the notion that the electorate carried the sole responsibility to judge the decisions and actions of elected officials by use of their franchise, and instead tried to define a basis on which public authorities would be liable. As noted by Lord Wilberforce in his examination of the statutory position of the council in *Anns*⁵⁹ :

«It is no accident that the [Public Health Act] is drafted in terms of functions and powers rather than in terms of positive duty. As was well said, public authorities have to strike a balance between the claims of efficiency and thrift (du Parcq L.J. in East Suffolk) : whether they get the balance right can only be decided through the ballot box, not in the courts.»

The court's consideration of a method by which public authorities could be judged led to the adoption of the conceptual distinction between «policy» and «operational» decisions⁶⁰. Based on earlier decisions of other jurisdictions, policy matters considered in a *bona fide* manner were held to provide no exposure to civil liability. Actions and decisions taken within the operational sphere would be subject to the ordinary principles of negligence.

It had been suggested in *Just*⁶¹ that the expansion of the public sector into almost all facets of daily life led to the need to examine the extent to which principles of private law liability should realistically apply to public authorities. *Anns* represents the foundation of the policy or operations diadic framework as it is still applied in Canadian courts. These two most recent cases from the Supreme Court of Canada, *Brown* and *Swinamer*, add no new insights to the policy versus operations distinction. In fact they may be criticized for further confusing and destabilizing it.

59. *Supra*, note 2 at 754 (A.C.), 501 (All E.R.). du Parcq L.J.'s comments from *Kent v. East Suffolk* can be found in [1939] 4 All E.R. 174 at 184, [1940] 1 K.B. 319 at 338.

60. For a thorough discussion of the common law see : L.A. REYNOLDS and D. A. HICKS, *supra*, note 8; M. Kevin WOODALL, «Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation», (1992) 37 *McGill L.J.* 83; Lewis N. KLAR, «The Supreme Court of Canada : Extending the Tort Liability of Public Authorities», (1990) 28 *Alta L. Rev.* 648.

61. *Supra*, note 5, at 1239.

What we do learn from *Brown* and *Swinamer* is the commitment of the Supreme Court of Canada to stay the course with the principles and indeterminate approach that were ushered in with *Anns* and which have been so widely and consistently criticized. This is so even in light of evidence that the House of Lords⁶² and other Commonwealth jurisdictions⁶³ are retreating from *Anns*. While it is unfortunate that they offer no assistance to more clearly delineate or define those matters which fall within the policy sphere and those which are plainly in the operations sphere, these decisions are nonetheless significant in signalling the Supreme Court's adherence to the model, at least until they can find or fashion something finer.

Consider an example of the uneven, if not capricious, application of the principle. Cory J. for the majority in *Just* held that «the manner and quality of an inspection system is clearly part of the operational aspect of government activity»⁶⁴. Matters of policy which are characterized by factors such as budgetary considerations or personnel limitations were not sufficient in *Just* to clothe the province with immunity as to its system of inspection of rocks along highways. Nevertheless, in *Brown* the court found that the summer schedule was a policy decision.

In *Swinamer*, meanwhile, the Department of Transportation decision to undertake a survey of dangerous trees was held to be «...a preliminary step in what will become a policy decision involving the expenditure and allocation of funds»⁶⁵. A survey considered to be preliminary to a policy decision had all the

62. See, eg., the House of Lords decision in *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] 1 A.C. 398, [1990] 2 All E.R. 908. It restricted the liability of the public authority to situations of pure economic loss.

63. The leading case on governmental liability in tort in Australia is *The Council of the Shire of Sutherland v. Heyman*, *supra*, note 28, found that policy versus operations is not a general test for government liability in tort and is applicable only to situations where the public authority made a decision not to act. In New Zealand, the Privy Council found in *Takaro Properties v. Rowling* [1987] 2 N.Z.L.R. 700 (P.C.) that the distinction «... does not provide a touchstone of liability.» Thus it would appear that while the Canadian courts are moving in the direction of expanding the tort liability of the Crown through critical examination of policy and operational matters of government, jurisdictions throughout the Commonwealth are abandoning the distinction for other than the most specific of applications.

64. *Supra*, note 5, at 1245.

65. *Supra*, note 7, at 30.

appearances of a system of inspection. In what way is the survey of dead and potentially dangerous trees different from the inspection of the rock work crew whose job it was to identify loose or dangerous rocks? In both circumstances the workers failed to identify the source of the ultimate tragedy. If a decision which is «preliminary to a policy decision» provides immunity to the public authority, at what point would a decision which is «pre-operational» cross over from policy to operations?

The notion of budgetary constraint and political motive guiding the determination is also circular. Ultimately, every decision and action by government is reducible to economic considerations. Why would the law consider that public authorities are immune to budgets and fiscal accountability much in the same way as private organizations? The same applies to political motivation. Every official action, inaction and utterance can be ultimately attributed to political objective as it can be attributed to non-political purposes. The court is not equipped to accurately surmise, if it can be done at all, and balance the political content of the conduct of public authorities.

The effect of these seemingly irreconcilable judicial decisions is an inexorable enlargement of the scope of civil liability. This may be seen as inescapable given the range of activities in which government is involved. The effect nevertheless has been to confer an abiding sense of chance in the distinction between policy and operational matters.

The frustrating lack of judicial unity continued with the *Brown* and *Swinamer* decisions. In *Just*, the three levels of court had six judges finding the decision to be operational, while five judges found them to be grounded in policy. In *Brown* and *Swinamer*, divergent conclusions were not a major problem at the Supreme Court of Canada but the court was split on both the use of the policy versus operations approach, what it means and the manner in which the determination is reached. Yet it is this framework which structures the application of duty of care which, in turn, ultimately leads to the conclusion about liability. Characterizing the «either/or» result along these lines, where everything rests upon the all-or-nothing conclusion, is like pulling a rabbit out of the hat. Injured people can always be expected to look for compensation to the deep pocket of government. It is of course the taxpayers who will pay for the negligence of Crown agents. What is there, moreover, to prevent this

particular issue from being decided upon the judge's view of the degree of compassionate grounds for recovery?

Some commentators have called for Crown liability to accord more closely to the private law duty of care⁶⁶. Any immunity is thought to promote negligence, or at least countenance it, and reduce public accountability. These proponents would likely be content with the trend to expand the scope of liability. After all, what difference should it make to a plaintiff if he or she was injured from private or public neglect⁶⁷. The injury is equally grievous in both cases. On the other hand, the law must permit the Government to govern in the public interest without concern for adverse consequences that might be visited upon each particular individual. To hold that its decisions of a policy nature would be subject to review by the courts would pitch the entire system of government and administration into a quagmire, likely to be bogged down by a flood of claims given the enormous expanse of activities in which various levels of government are involved each day. This concern received attention by Wilson J. in *Kamloops* from the perspective that any finding of a duty of care comparable to that of the private individual carried with it the risk of opening the «floodgates and creat(ing) an open season on municipalities»⁶⁸. Moreover, the claims are likely to be greeted with woolly, but nevertheless demanding, standards of public performance which would exceed the prescriptions of conduct for private defendants. The public authority could always have done more to avoid the accident.

It could be argued that every decision of a public authority could be characterized as a policy decision while every action could be held to be operational. Or, that every activity of government contains within it policy as

66. See, *eg.*, P. W. HOGG, **Liability of the Crown**, *supra*, note 19 at Preface, iv and 139-40. As Director of the project of the Ontario Law Reform Commission on the Liability of the Crown, Professor Hogg's opinion is also contained within the **Report on The Liability of the Crown**, 1989, *supra*, note 13.

67. One is reminded of the words of Aristotle, from *Nicomachean Ethics*, circa 340 B.C. in this context :
It makes no difference whether a good man has defrauded a bad man or a bad man defrauded a good man, or whether a good or bad man has committed adultery : *the law can look only to the amount of damage done*. (emphasis added).

68. *Supra*, note 4, at 673.

well as operational elements which co-exist on a continuum. While this may be a satisfactory circumstance for some, it remains as ambiguous as the current analysis⁶⁹.

This approach has been defended as offering as much definition as can be brought to the issues. This is the view of the Ontario Law Reform Commission⁷⁰ :

«In our view, the common law of torts has been reasonably successful in developing and adapting tort principles in ways that are appropriate to public sector activity by the Crown. For example, the operational/planning distinction in torts accommodates, in what we regard as a generally satisfactory manner, the essential policy-making role of government, while imposing a reasonable duty of care on the Crown and its servants in their day-to-day activities.»

The suggestion of numerous academic writers following the *Just* decision that the scope for policy decisions would be severely restricted while the operational sphere would be enhanced has not been borne out by these most recent decisions. Policy decisions continue to be characterized by an expenditure of funds, budgetary constraints, personnel limitations - «decisions involving social, political and economic factors.» There was no distinction in the *Brown* and *Swinamer* cases as to the level of the decision making which had previously been raised as a determining factor in *Just*.

Given the decision of the Court not to seize the opportunity presented by *Brown* and *Swinamer* to chart a new direction in the area of liability for public authorities, the examination of alternatives and scholarly dissertations might just as well be set aside for now. The court could scarcely send a clearer

69. Cf. HOGG *supra*, note 19, at 139 :

To be sure, the planning-operational distinction is merely one of degree, and the existence and definition of the common law duty of care remain imprecise. But similar comments could be made about the negligence doctrines that are applicable to private activity.

70. See, **Report on The Liability of the Crown**, Ontario Law Reform Commission, 1989, *supra*, note 13, at 24.

signal that its course is set on hold⁷¹. One observes that the personal injury suffered in most of the recent Canadian cases arose from motor vehicle accidents on public roadways. This often produces a seriously injured plaintiff, whom compassion can favour heavily, in comparison to the inert and virtually infinite juridical person of the Crown. The law applying to public authorities must be certain not to develop by proxy as the law of motor vehicle mishaps on public property.

Efforts nevertheless should be directed toward refining and modelling the delineations which are decisive to the analysis. In this regard, Professor Hogg's thoughts are apposite⁷² :

«The merit of the word "planning" is that it implies decision-making of a generality and complexity that can plausibly be contrasted with the "operational" level of decision-making. Decision-making at the planning level depends upon a range of policy considerations that a court cannot be expected to evaluate, let alone replicate. This is the reason for immunity : the question whether a planning decision has been made negligently is a question that is not suitable for judicial resolution.»

In the meantime, legislative bodies which still find themselves dissatisfied with the extent of civil liability flowing from the decisions of public authorities continue to grip the ultimate lever of public policy : the power to enact legislation itself. They might consider enactment of protective exemptions where public authorities are engaged, to foreclose the issue. Keeping in mind

71. This threshold determination is related to the issue of public interest standing. The fact that the Supreme Court of Canada is recently showing a tendency to restrict public interest recourse, on the grounds of scarce judicial resources and the need for a concrete factual background, may explain its reluctance to enlarge the scope of public authority liability for negligence. See, eg. *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193, 132 N.R. 241 and *Hy and Zel's Inc. et al. v. Ontario (Attorney General)* and *Paul Magder Furs Ltd. et al. v. Ontario (Attorney General)*, (1994) 107 D.L.R. (4th) 634 (S.C.C.). But cf. *Conseil du Patronat v. Quebec (Attorney General)* [1991] 3 S.C.R. 685, 87 D.L.R. (4th) 287.

72. «Taking the Government to Court : Advanced Issues in Public Law», **Continuing Legal Education Seminar**, the Continuing Legal Education Society of British Columbia. Held in Vancouver, British Columbia, February 16, 1990. at 4.1.02.

(1994) 24 R.D.U.S.

*Crowning glory :
liability in negligence
of public authorities revisited*

459

Cory J.'s comments from *Swinamer* relative to the duties and the powers of the Minister contained in the *Public Highways Act*, legislative drafters are cautioned to capture a «clear statutory exemption».